



Konkurrenceretlige emner 2/2019
Udvalgte juridiske kandidatafhandlinger
Bergqvist, Christian

Publication date:
2019

Citation for published version (APA):
Bergqvist, C. (red.) (2019). *Konkurrenceretlige emner 2/2019: Udvalgte juridiske kandidatafhandlinger*.

Konkurrenceretlige emner 2/2019

**Udvalgte juridiske
kandidatafhandlinger**

Udgivelsen er sponsoreret
af Bech-Bruun

Konkurrenceretlige emner 2/2019

Udvalgte juridiske
kandidatafhandlinger

KONKURRENCERETLIGE EMNER 2/2019

Specialerne er udvalgt af

Christian Bergqvist, lektor, Københavns Universitet
og Peter Stig Jakobsen, partner, Bech-Bruun

Indholdet er redigeret af

forfatterne selv og Christian Bergqvist

Udgivelsen er sponsoreret

af Bech-Bruun

Bech·Bruun

2. udgave, 1. oplag, 2019

ISBN: 978-87-971299-1-3

Indholdsfortegnelse

Forord af Christian Bergqvist og Peter Stig Jakobsen	7
(U)rimeligt høje priser i EU Af Kathrine Guldhammer Agerskov	9
‘The more economic approach’ til artikel 102 TEUF af Mads Evald-Schelde og Jonas Køster	63
Diskriminerende misbrug af Jonas Espersen	141
Om Bech-Bruun	201

Forord

Af Christian Bergqvist og Peter Stig Jakobsen

Til publikationen har vi i fællesskab udvalgt tre af de bedste juridiske kandidatafhandlinger indleveret ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet i 2018 og 2019. Der er tale om juridiske afhandlinger, som ikke alene er velbedømte med karakteren 12, men også vedrører relevante og aktuelle konkurrenceretlige problemstillinger.

Vi håber, at læserne finder publikationen – og de specialestuderendes bidrag – nyttig og anvendelig i det daglige arbejde med konkurrenceretten i Danmark.

Publikationen er ligeledes tilgængelig på www.bechbruun.com.

Alle afhandlinger er til denne publikation af forfatterne forkortet i forhold til længde og metodiske overvejelser. Det er vigtigt at bemærke, at publikationen er af generel karakter og alene udtrykker forfatternes holdninger. Publikationen kan ikke erstatte egentlig juridisk rådgivning. Ved konkrete juridiske spørgsmål anbefaler vi at søge advokatbistand.

Christian Bergqvist, lektor, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

Peter Stig Jakobsen, partner, Bech-Bruun

(U)rimeligt høje priser i EU

Af advokatfuldmægtig Kathrine Guldhammer Agerskov (Juli 2018)

Kampen mod lægemiddelindustriens "høje" priser har de seneste år været centrum for mediernes overskrifter og valgkampagner verden over. Også i Danmark har de offentlige sundhedsudgifter til lægemidler løbende været et omdiskuteret emne. For hvordan forholder vi os til stigende udgifter til lægemidler i en velfærdsstat under pres?

En "løsning", der de seneste år har vundet indpas i Danmark og i flere andre medlemsstater i EU, er anvendelsen af konkurrencerettens forbud mod misbrug af dominerende stilling. Anvendelsen af konkurrenceretten til regulering af urimeligt høje priser er dog ikke noget nyt i EU og er direkte nævnt i TEUF artikel 102, litra a. Kommissionen har dog i mange år været tilbageholdende med afgørelser, hvorfor der på nuværende tidspunkt ikke findes afgørelser vedrørende urimeligt høje priser på lægemidler, og kun et fåtal af afgørelser på tværs af sektorer. Kommissionen afviste således i 2014 at undersøge prisen på lægemidlet Sovaldi, idet Kommissionen udtalte, at priserne på lægemidler var et nationalt anliggende.¹

Tre år senere var Kommissionens holdning til anvendelsen af konkurrenceretten dog vendt 180 grader, da Kommissionen indledte deres første undersøgelse af urimeligt høje priser på et lægemiddel.²

Fåtalet af afgørelser og den tidligere manglende interesse for urimeligt høje priser i EU har betydet, at retstilstanden langt fra er afklaret. For hvornår er prisen på lægemidler ikke blot høj, men urimelig høj i strid med TEUF artikel 102, litra a?

¹ Svar til Europa Parlamentet fra Margrethe Vestager på vegne af Kommissionen, 22. december 2014 og 31. marts 2015

² Undersøgelsen er rettet mod Aspen Pharmas prisstigninger på fem kræftlægemidler i samtlige EU-medlemsstater med undtagelse af Italien.

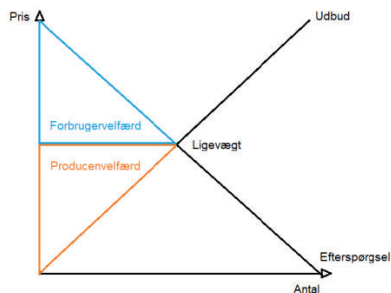
DEL I - URIMELIGT HØJE PRISER I EU

1. Perfekt konkurrence?

1. Urimeligt høje priser i et økonomisk perspektiv

I den økonomiske teori er en pris urimelig høj, når denne i en vedvarende periode er væsentligt højere end prisen på et marked med konkurrence.³ Dette anses ifølge den økonomiske teori at være tilfældet på markeder med monopol, idet en monopolist uden konkurrence kan opkræve priser, der er væsentligt højere end på markeder med konkurrence.⁴ I modsætning hertil er markedet med perfekt konkurrence, hvor forbrugerne opnår lavest mulige pris.

1.1. Perfekt konkurrence



Figur 1

Ved perfekt konkurrence er følgende betingelser opfyldt: (i) markedet er homogent (købere kan udelukkende differentiere mellem produkterne på baggrund af

³ O'Donoghue Robert and Jorge Padilla (2013). The Law and Economics of Article 102 TFEU. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., s. 736

⁴ Williams, Mark (2007). Excessive Pricing. Konkurrenserketet Swedish Competition Authority. Stockholm 2007, s. 129

pris), (ii) hverken udbydere eller købere besidder en dominerende stilling på markedet, (iii) der eksisterer ingen barrierer for at indtræde eller forlade markedet samt (iv) der er fuldstændig adgang til informationer om markedsforholdene.⁵

Foreligger der perfekt konkurrence på et marked, vil prisen og antallet af udbudte varer afhænge af udbud og efterspørgsel (se figur 1). Efterspørgselskurven indikerer købernes villighed til at købe et produkt til en given pris. Stiger prisen på produktet, falder efterspørgslen og omvendt. Endvidere indikerer udbudskurven producenternes interesse i at udbyde en given mængde. Stiger prisen, øges producenternes villighed til at udbyde en større mængde – dog aldrig mere end at marginalomkostningerne (omkostninger ved produktionen af en ekstra enhed) dækkes. Ved perfekt konkurrence på et marked dannes markedsprisen og den tilsvarende producerede mængde således, hvor udbud og efterspørgsel mødes (ligevægtpunktet).

En producent vil være tvunget til acceptere markedsprisen, idet producenten ved en højere pris vil miste sin omsætning til konkurrerende producenter, der udbyder produktet til en lavere pris (markedsprisen). Produceres der mindre end efterspørgslen, vil den lette adgang til markedet, og markedets gennemsigtighed betyde, at potentielle konkurrenter vil indtræde på markedet. Den perfekte konkurrence anses dog i økonomisk teori som en idealtilstand, der – såfremt den eksisterer – kun ses på ganske få markeder.⁶

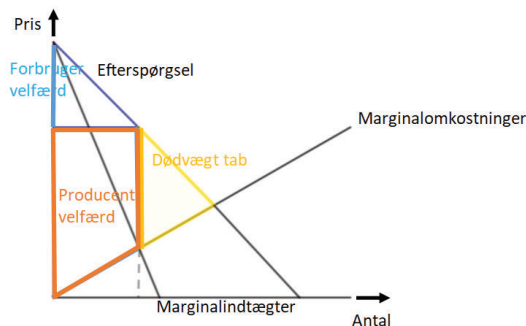
1.2. Monopol

I modsætning til teorien om den perfekte konkurrence eksisterer der på markeder med monopol kun en udbyder på markedet. Markeder med monopol er ligeledes en sjældenhed, men anvendes i teorien til at beskrive, hvad konkurrenceretten forsøger at forhindre og afhjælpe.⁷ På markeder med monopol er monopolisten den eneste udbyder af en vare/tjeneste, hvorfor denne kan påvirke markedsprisen ved at regulere mængden af udbudte varer. Reducerer monopolisten mængden af udbudte varer, vil prisen stige og vice versa. Under forudsætning af, at monopolistens hovedformål er at opnå den maksimale profit ved udbud af den pågældende vare/tjenesteydelse, vil monopolistens output være, hvor virksomhedens marginale indtægter og udgifter mødes (se Figur 2).

⁵ Biede, Hans Jørgen (2018). *Mikroøkonomi – Videregående uddannelser*. 4. udg. København: Hans Reitzels Forlag, s. 106

⁶ Bishop, Simon & Mike Walker (2002). *The Economics of EC Competition Law concepts, application and measurement*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, s. 12

⁷ Faull, Jonathan & Ali Nikpay (2014). *The EU Law of Competition*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, s. 22



Figur 2

Som det ses i figur 1 og 2 foreligger der væsentlige forskelle på markeder med perfekt konkurrence og markeder med monopol. Dette ses blandt andet ved prisforskellen på de to markeder. Forbrugervelfærd (forholdet mellem forbrugernes samlede betalingsvillighed og den pris de faktisk betaler for godet)⁸ er således mindre på markeder med monopol. Omvendt opnår monopolisterne som udgangspunkt en større fortjeneste end på markeder med perfekt konkurrence.

Hvor stor denne forskel er, afhænger dog af størrelsen på efterspørgselselasticiteten på de pågældende markeder – i.e. jo større efterspørgselselasticitet, desto mere vil efterspørgslen ændres ved ændringer i prisen, således at der på markeder med monopol samt en høj grad af elasticitet vil forekomme et større tab af forbrugervelfærd.⁹ Endvidere vil dele af forbrugervelfærd på markeder med monopol ikke skifte til monopolisternes fortjeneste, men vil fortabes, idet et x-antal forbrugere, der er villige til at betale mere end markedsprisen på markedet med perfekt konkurrence, ikke er villige til at betale den højere pris på markedet med monopol (dødvægtstab).¹⁰

⁸ Faull, Jonathan & Ali Nikpay (2014). The EU Law of Competition. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, s. 11

⁹ Gal, Michal (2004). Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? New York University Law and Economics Working Papers. Paper, s. 2

¹⁰ Faull, Jonathan & Ali Nikpay (2014). The EU Law of Competition. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, s. 23

2. Workable competition

I modsætning til den økonomiske teori søger EU-konkurrenceretten ikke at opnå en perfekt konkurrence, men derimod en effektiv konkurrence (workable competition), således at graden af konkurrencen på det indre marked er i overensstemmelse med opfyldelsen af traktatens mål, herunder i særdeleshed opretholdelsen af det indre marked.¹¹ Konkurrenceretten er derved ikke til hinder for, at der foreligger forskelle i karakteren og intensiteten i konkurrencen på de forskellige markeder. Priser, der er højere end på markeder med perfekt konkurrence, anses således ikke at være urimeligt høje i strid TEUF artikel 102, litra a alene af denne grund.

2. Konkurrenceretlig regulering af urimeligt høje priser i praksis

1. Rammerne for vurderingen af urimeligt høje priser i EU

Afgørelser afsagt af henholdsvis Kommissionen, Retten i Første Instans og EU-Domstolen vedrørende urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a er – på trods af ordlyden af TEUF artikel 102, litra a – begrænset til et fåtal af afgørelser, hvoraf størstedelen af afgørelserne hidrører fra præjudicielle forelæggelser fra medlemsstaternes nationale domstole. Endvidere har Kommissionen gentagne gange udtrykt en generel modvilje mod at anvende TEUF artikel 102, litra a til at regulere priserne på varer og tjenesteydelser på det indre marked.¹²

Endvidere har Kommissionen siden ikrafttrædelsen af Romtraktaten i 1958 alene fundet, at dominerende virksomheder har udbudt varer/tjenesteydelser til urimeligt

¹¹ C-26/76: Metro mod Europa-Kommissionen, præmis 20

¹² Kommissionen: XXIV Beretning om konkurrencepolitikken, 1994, punkt. 207 samt Fifth Report on Competition Policy, 1975, punkt. 76

høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a i fire tilfælde.¹³ Dette inkluderer afgørelserne *United Brands*¹⁴ og *General Motors*¹⁵, der efterfølgende blev annulleret af EU-Domstolen.

EU-Domstolen tog første gang stilling til urimeligt høje priser i 1968, i den præjudicielle afgørelse *Parke*¹⁶, vedrørende prisforskellen på patenterede lægemidler i Nederlandene og generiske lægemidler importeret fra andre medlemsstater. I afgørelsen fremlagde EU-Domstolen dog ingen vejledning til, hvornår der foreligger urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a, eller hvorledes en vurdering af dette skal foretages, idet EU-Domstolen alene fandt, at den omstændighed, at prisen på et patenteret produkt er højere end prisen på et ikke-patenteret produkt, ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at der foreligger et misbrug i strid med TEUF artikel 102.¹⁷ Først syv år senere fastslog EU-Domstolen i *General Motors*¹⁸, at urimeligt høje priser inter alia består i anvendelsen af en pris, der ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den præsterede ydelse/vare.¹⁹ Dette anses i dag som den overordnede definition på urimeligt høje priser,²⁰ og er endvidere gengivet i flere efterfølgende afgørelser afsagt af henholdsvis Kommissionen, Retten i Første Instans og EU-Domstolen²¹. I afgørelsen definerede EU-Domstolen dog ikke, hvorledes en vurdering af urimeligt høje priser skal foretages, herunder hvad der skal forstås ved den økonomiske værdi, samt hvornår en pris i så fald ikke står i et rimeligt forhold til denne.

¹³ IV/28.851 — *General Motors Continental*, IV/26.699 — *Chiquita (United Brands)*, IV/30.615 — *British Leyland* samt COMP/C-1/36.915 — *Deutsche Post AG*

¹⁴ C-27/76 — *United Brands Company* mod Kommissionen

¹⁵ C-26/75 — *General Motors Continental NV* mod Kommissionen

¹⁶ C-24/67 — *Parke, Davis and Co.* mod *Probel, Reese, Beintema-Interpharm* og *Centrafarm*

¹⁷ C-24/67 — *Parke, Davis and Co.* mod *Probel, Reese, Beintema-Interpharm* og *Centrafarm*, s. 460

¹⁸ C-26/75 — *General Motors Continental NV* mod Kommissionen

¹⁹ *Ibid.*, præmis 12

²⁰ Se blandt andet: Gal, Michal (2004). *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?* New York University Law and Economics Working Papers. Paper, s. 31, O'Donoghue Robert and Jorge Padilla (2013). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., s. 733, Levinsen, Kirsten (2018). *Konkurrenceloven - Med kommentarer*. 4. udg. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 632 OECD: *Roundtable Report – Excessive Pricing*, 2011, s. 54.

²¹ Se blandt andet: C-27/76 — *United Brands Company* mod Kommissionen, C-226/84 — *British Layland Public Limited Company* mod Kommissionen, C-323/93 *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle* mod *Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, COMP/A.36.568/D3 — *Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg* og m.fl.

EU-Domstolens afgørelse i *United Brands*²² var således den første afgørelse, hvori EU-Domstolen fremlagde et materielt indblik i, hvorledes urimeligt høje priser skal vurderes. *United Brands*-afgørelsen anses af den grund som den førende afgørelse vedrørende urimeligt høje priser.²³

1.1. *United Brands*-testen

United Brands Company samt datterselskabet United Brands Continental B.V. (UBC) – på tidspunktet, verdens største banankoncern – var af Kommissionen blevet anset for at have misbrugt en dominerende stilling på markedet for bananer ved blandt andet at have videresolgt bananer til urimeligt høje priser²⁴. Ifølge Kommissionen var dette begrundet i, at UBC (i) havde anvendt priser, der var op mod 100 procent højere for danske, tyske, nederlandske, belgiske og luxemburgske kunder i forhold til UBC's priser til irske kunder, samt (ii) havde anvendt en prisforskel på 30-40 procent mellem UBC's Chiquita-bananer og ikke-mærkede bananer.²⁵

I forhold til prisdifferentieringen mellem ovenstående medlemsstater blev priserne af Kommissionen anset som urimeligt høje (med undtagelse af de irske priser), idet Kommissionen – på baggrund af et brev fra UBC, hvori UBC anerkendte, at bananerne solgt til Irland var sket med profit²⁶ – vurderede, at priserne i de øvrige medlemsstater ikke stod i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af bananerne.²⁷ Dette var af Kommissionen begrundet i, at de irske priser kunne anses som vejledende for vurderingen, samt at priserne i de øvrige medlemsstater herefter var op mod 100 procent højere end de irske priser.²⁸ Endvidere fandt Kommissionen, at der ikke forelå væsentlige forskellige i kvaliteten af UBC's Chiquita-bananer og ikke-mærkede bananer, der kunne begrunde en prisforskel på 30-40 procent.²⁹

I appelsagen fastslog EU-Domstolen – i overensstemmelse med domstolens tidligere afgørelse i *General Motors*³⁰ – at et misbrug i form af urimeligt høje priser

²² C-27/76 – *United Brands Company* mod Kommissionen

²³ Se blandt andet: O'Donoghue Robert and Jorge Padilla (2013). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., s. 742, Jones, Alison and Brenda Sufrin (2016). *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, s. 567, Akman: *The concept of Abuse in EU Competition Law*, 2012, s. 194, etc.

²⁴ IV/26.699 — Chiquita

²⁵ *Ibid.*, s. 15-16

²⁶ OBS: UBC trak dog senere i forløbet brevet om profit på det irske marked tilbage

²⁷ *Ibid.*, s. 15

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, s. 16

³⁰ C-26/75 – *General Motors Continental NV* mod Kommissionen

foreligger, når en dominerende virksomhed anvender priser, som ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede vare.³¹ Af stor betydning for den efterfølgende retspraksis samt den teoretiske diskussion af urimeligt høje priser forelagde EU-Domstolen endvidere for første gang en metodisk tilgang til vurderingen af ovenstående. Ifølge EU-Domstolen kan spørgsmålet om, hvorvidt en pris er urimeligt høj, således bedømmes ved en objektiv sammenligning mellem salgsprisen på den pågældende vare og varens produktionspris³² og på baggrund heraf en vurdering af:

*"[...]om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig"*³³

EU-Domstolen anerkendte dog ligeledes, at ovenstående metode kun er en af flere metoder til bedømmelsen af, om en pris er urimelig:

*"andre metoder er mulige – og den økonomiske teori har da også opstillet flere af sådanne – som angiver kriterierne for, hvornår prisen for en vare er for urimelig"*³⁴

På baggrund af ovenstående anerkendte EU-Domstolen Kommissionens tilgang til vurderingen af UBC's mulige misbrug, men påpegede ligeledes, at Kommissionen ikke havde foretaget en analyse af UBC's omkostningsstruktur, idet de udelukkende havde baseret deres vurdering på de irske priser.³⁵ EU-Domstolen tilføjede endvidere, at det, om end det kan være vanskeligt at finde produktionsprisen, ikke var tilfældet i sagen, hvorfor Kommissionen burde have foretaget en vurdering af UBC's omkostninger. Dette særligt eftersom UBC havde bestridt, at de havde opnået en profit ved salget af bananer i Irland.³⁶ Endvidere fandt EU-Domstolen, at en prisforskel på syv procent mellem UBC's Chiquita-bananer og priserne på konkurrenternes bananer ikke uden videre kunne anses som urimeligt høj.³⁷ EU-Domstolen annullerede på baggrund af ovenstående Kommissionens afgørelse vedrørende urimeligt høje priser.³⁸

³¹ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 250

³² Ibid., præmis 251

³³ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 252

³⁴ Ibid., præmis 253

³⁵ Ibid., præmis 251

³⁶ Ibid., præmis 254

³⁷ Ibid., præmis 266

³⁸ Ibid., præmis 268 – EU-Domstolen stadfæstede de resterende dele af Kommissionens afgørelse vedr. United Brands dominerende stilling, forbud mod videresalg, leveringsnægtelse samt prisdiskrimination.

De ovenstående udtalelser fra EU-Domstolen må forstås således, at det ved vurderingen af, om prisen på en pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig høj skal undersøges (i) om den opnåede profit er urimelig samt (ii) om prisen er urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer/tjenesteydelser.

Endvidere synes der at foreligge flere uklarheder i ovenstående afgørelse. EU-Domstolen uddybede således ikke, (i) hvilke andre metoder, der kan anvendes i vurderingen af urimeligt høje priser, (ii) hvad der nærmere skal forstås ved en vares/tjenesteydelses økonomiske værdi, (iii) hvilke omkostninger der er indeholdt ved en beregning af profitmarginen samt (iv) hvornår en pris i så fald er urimelig høj eller blot høj.

1.2. Alternative metoder?

1.2.1. SACEM-testen

I de to præjudicielle afgørelser, *SACEM IP*³⁹ og *SACEM III*⁴⁰, vedrørende et fransk ophavsretsselskabs opkrævning af afgifter for spredning af beskyttede musikværker på franske diskoteker, fandt EU-Domstolen, at urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a, kunne statueres alene ved en prissammenligning af afgifterne opkrævet i Frankrig og i andre medlemsstater:

*"...Traktatens artikel [102] skal fortolkes således, at et nationalt ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, påtvinger urimelige forretningsbetingelser, såfremt de afgifter, det opkræver af diskoteker, er væsentlig højere end dem, der anvendes i andre medlemsstater, og sammenligningen af afgiftsniveauet er foretaget på et ensartet grundlag. Forholdet ville være et andet, såfremt det pågældende ophavsretsselskab kunne begrunde en sådan højere afgift ud fra objektive og relevante forskelle mellem forvaltningen af ophavsrettigheder i den pågældende medlemsstat og i de øvrige medlemsstater"*⁴¹.

EU-Domstolen synes i afgørelserne at have introduceret en simplere metode end metoden anlagt i *United Brands*. Ifølge ovenstående metode kan en pris vurderes at være urimelig høj i strid med TEUF artikel 102, litra a, såfremt prisen er væsentligt højere end priser anvendt i andre medlemsstater, og denne forskel ikke objektivt kan begrundes. På baggrund af ovenstående skal konkurrencemyndighederne således ikke påvise, at profitmarginen er urimelig høj. Endvidere kan det på baggrund af denne metode statueres, at prisen på en vare/tjenesteydelse er urimelig

³⁹ C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier

⁴⁰ C-110/88 – Lucazeau mod SACEM, C-241/88 SACEM mod Xavier Debelle og 242/88 SACEM mod Christian Soumagnac

⁴¹ Ibid., præmis 33 samt C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier, præmis 46

høj i tilfælde, hvor en virksomheds profitmargin er lav samt i tilfælde af, at det ikke er muligt at foretage en beregning af profitmarginen.

I afgørelserne fandt EU-Domstolen endvidere at forskelle, der skyldes øgede driftsomkostninger ikke objektivt kunne begrunde prisforskellene, idet det ikke kunne afvises, at de øgede driftsomkostninger var en konsekvens af en manglende konkurrence på markedet.⁴² Det er interessant, at EU-Domstolen i ovenstående har delt bevisbyrden, således at virksomhederne har bevisbyrden ved vurderingen af eventuelle objektive begrundelser. I metoden anlagt i *United Brands* fandt EU-Domstolen således til forskel, at Kommissionen alene har bevisbyrden i vurderingen af, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling ved anvendelsen af urimeligt høje priser.⁴³

At ovenstående metode skal forstås som et alternativ til metoden anlagt i *United Brands*, blev præciseret i EU-Domstolens seneste præjudicielle afgørelse vedrørende urimeligt høje priser – *AKKA/LAA*.⁴⁴ I sagen, der omhandlede et lettisk op-havsretsselskabs gebyrer for tildeling af licenser til offentlig udsendelse af musikværker, fandt EU-Domstolen således, at metoden anlagt i *SACEM II* og *SACEM III* er alternativ til metoden anlagt i *United Brands*.⁴⁵ Endvidere præciserede EU-Domstolen, at der foreligger et indicium for, at en pris er urimelig høj, såfremt en prissammenligning viser en betydelig prisforskel, der er væsentlig og vedvarende.⁴⁶ Hvorvidt en prisforskel er væsentlig og vedvarende blev dog ikke nærmere uddybet af EU-Domstolen, idet dette var op til den nationale domstol at afgøre.⁴⁷

Anvendelsen af metoden anlagt i *SACEM II*, *SACEM III* og *AKKA/LAA* er af flere anset som en følge af, at det ikke er muligt at anvende metoden anlagt i *United Brands* i sager vedrørende varer/tjenesteydelser forbundet med immaterielle rettigheder, idet det ikke er muligt at fastsætte de reelle omkostninger.⁴⁸ Det kan dog diskuteres i hvor stort et omfang, metoderne anlagt i *United Brands* og i *SACEM*-afgørelserne adskiller sig fra hinanden, idet metoden anlagt i *SACEM*-afgørelserne

⁴² C-110/88 – Lucazeau mod SACEM, C-241/88 SACEM mod Xavier Debelle og 242/88 SACEM mod Christian Soumagnac, præmis 26-29 samt C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier, præmis 40-42

⁴³ C-27/76 – *United Brands Company* mod Kommissionen, præmis 267

⁴⁴ C-177/16 – *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība* mod Konkurences padome

⁴⁵ *Ibid.*, præmis 37-38

⁴⁶ *Ibid.*, præmis 55-56

⁴⁷ *Ibid.*, præmis 56

⁴⁸ Gal, Michal (2004). Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? New York University Law and Economics Working Papers. Paper, s. 34 samt Generaladvokat, Wahl: Forslag til afgørelse i C-177/16 – *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība* mod Konkurences padome, præmis 37

synes at indeholde betingelserne anlagt i *United Brands*. I begge metoder anvendes benchmarking – i.e. sammenligning af priserne i andre medlemsstater versus prissammenligning af konkurrenters priser. Endvidere synes SACEM-afgørelserne til dels at omfatte en vurdering af en virksomheds profitmargin forbundet en vare/tjenesteydelse i de tilfælde, hvor virksomheden begrunder en prisforskel med en lav profitmargin. Metoden anlagt i *SACEM II* og *SACEM III* synes således hovedsageligt at adskille sig fra metoden anlagt i *United Brands* ved at have delt bevisbyrden, således at konkurrencemyndighederne udelukkende skal bevise, at en pris er urimelig i forhold til priser anvendt i andre medlemsstater og ikke, at profitmarginen forbundet med den pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig. Metoden anlagt i SACEM-afgørelserne synes derved at have lettet konkurrencemyndighedernes bevisbyrde i vurderingen af urimeligt høje priser.

1.2.2 Anvendelse af sektorspecifik regulering

EU-Domstolen og Kommissionen har i enkelte afgørelser henholdsvis henvist til og/eller anvendt sektorspecifikke bestemmelser i vurderingen af urimeligt høje priser.

I den præjudicielle afgørelse, *Ahmad Saeed*⁴⁹, fandt EU-Domstolen, at den nationale domstol ved en vurdering af, hvorvidt prisen på en række flybilletter på rute-flyvninger i Tyskland var urimelig høje, kunne tage udgangspunkt i et på tidspunktet for afgørelsen gældende rådsdirektiv om billetpriser for rute-flyvning mellem medlemsstaterne, herunder særligt direktivets artikel tre, hvoraf det fremgik:

*"at billetpriserne skal stå i et rimeligt forhold til luftfartsselskabets totale omkostninger på længere sigt, idet der herved skal tages hensyn til forbrugernes behov, behovet for et tilfredsstillende kapitalafkast, konkurrencesituationen på markedet, herunder priserne hos de andre luftfartsselskaber, der beflyver ruten, og nødvendigheden af at forhindre dumping"*⁵⁰.

I Kommissionens afgørelse *Standard and Poor's*⁵¹, vedrørende licensbetalinger for distribution af US International Securities Identification Numbers (ISINs),⁵² fandt Kommissionen ligeledes, at sektorspecifikke regler kunne anvendes:

"...it may be possible to infer "interpretative criteria" for determining whether a price is excessive from sector-specific rules and regulations. In this case, the ISO

⁴⁹ C-66/86 – Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro GmbH mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs

⁵⁰ Ibid, præmis 43

⁵¹ COMP/39.592 – Standard & Poor's

⁵² Fondskode for identifikation af værdipapirer udstedt i USA – ISIN-systemet er udviklet af International Organization for Standardization (ISO) som følge af en stigende international handel med værdipapirer og er det eneste internationalt anerkendte system for identifikation af værdipapirer.

*cost recovery principle provides a strong and useful indication for the assessment whether the prices charged by S&P are unfair within the meaning of Article 102 of the Treaty.*⁵³

I sagen fandt Kommissionen, at Standard and Poor's opkrævning af licensbetalinger for virksomheders indirekte brug af US ISIN-koder var i direkte strid med ISO's princip om omkostningsdækning, idet det følger heraf, at der ikke må opkræves betaling for virksomheders indirekte brug af ISIN-koder.⁵⁴ Endvidere fandt Kommissionen, at Standard and Poor's opkrævning af licensbetalinger for US ISIN-koder var sammenkædet med andre produkter udbudt af Standard and Poor's. Virksomhederne var således tvunget til at betale samme pris, uanset om virksomhederne anvendte disse.⁵⁵ Kommissionen fandt på baggrund heraf, at Standard and Poor's omkostninger forbundet med leveringen af US ISIN-koder oversteg omkostningerne betydeligt. Dette var ligeledes ikke i overensstemmelse med ISO's princip om omkostningsdækning, idet licensbetalinger herefter skal svare til, hvad der er nødvendigt for at dække omkostningerne forbundet med distributionen af ISIN-koder.⁵⁶ Kommissionen fandt således, at der forelå en sandsynlighed for, at Standard and Poor's anvendte priser, der var urimeligt høje. På baggrund af en række tilsagn fra Standard and Poor's valgte Kommissionen imidlertid af afslutte sagen uden afgørelse om Standard and Poor's mulige misbrug.⁵⁷

I *Deutsche Post II*⁵⁸ fandt Kommissionen ligeledes, at sektorspecifik regulering kunne anvendes til vurderingen af urimeligt høje priser. I sagen fandt Kommissionen således, at en vurdering af, om Deutsche Post havde anvendt urimeligt høje priser på distribution af grænseoverskridende post, kunne foretages ved anvendelsen af REIMS-II aftalen⁵⁹:

*"I forbindelse med den foreliggende beslutning og i mangel af pålidelige omkostningsregnskaber mener Kommissionen, at de anslåede gennemsnitsomkostninger for levering af indgående grænseoverskridende post udtrykt i procent af indlandsteaksten og som forelagt af [Deutsche Post] og de øvrige parter i REIMS II-aftalen i deres anmeldelse til Kommissionen kan tjene som en benchmark til at vurdere [Deutsche Posts] omkostninger i denne henseende."*⁶⁰

⁵³ COMP/39.592 – Standard & Poor's, punkt 27-28

⁵⁴ Ibid, punkt 31-33

⁵⁵ Ibid., punkt 34-38

⁵⁶ Ibid., punkt 37

⁵⁷ Ibid., punkt 81-82

⁵⁸ COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG

⁵⁹ Ibid., præmis 160 – REIMS-II aftalen: Aftale mellem 16 europæiske posttjenester vedrørende kompensation for omkostninger forbundet med omdeling af grænseoverskridende post.

⁶⁰ Ibid., præmis 162

Ovenstående var af Kommissionen begrundet i, at der ikke forelå pålidelige data til vurderingen af Deutsche Posts omkostninger for de pågældende tjenester, samt at der ikke kunne foretages en sammenligning med konkurrerende tjenester, idet Deutsche Post havde monopolstatus på markedet for levering af grænseoverskridende post i Tyskland.⁶¹ Foruden ovenstående aftale anvendte Kommissionen en sammenligning mellem Deutsche Post og den svenske posttjeneste, idet den svenske posttjeneste i lighed med Deutsche Post anvendte høje takster samt var aktiv i en medlemsstat med høje omkostninger. På baggrund af sammenligningen fandt Kommissionen, at omdelingsomkostningerne burde være højere i Sverige, samt at der ikke forelå objektive begrundelser for de af Deutsche Post påståede højere omkostninger. Kommissionen fandt således, at Deutsche Post havde anvendt en pris, der lå 25 procent over tjenestens økonomiske værdi og dermed havde misbrugt deres dominerende stilling i strid med TEUF artikel 102.⁶²

Ovenstående afgørelser afsagt af henholdsvis EU-Domstolen og Kommissionen indikerer, at sektorspecifik regulering kan inddrages i vurderingen af urimeligt høje priser i tilfælde hvor vurderingen vedrører omkostninger og priser på det relevante marked og/eller i tilfælde, hvor det ikke er muligt at foretage en vurdering af en pågældende virksomheds omkostninger. At EU-Domstolen og Kommissionen inddrager sektorspecifik regulering i vurderingen af urimeligt høje priser må anses at være hensigtsmæssigt, idet en vurdering af urimeligt høje priser i høj grad afhænger af det konkrete produktmarked, hvorpå en vare/tjenesteydelse udbydes, idet der afhængig af produktmarkedet kan være forskelle i, hvilke omkostninger der kan inddrages i vurderingen. Endvidere kan der ligeledes være forskelle i, hvornår en profitmargin anses at være urimelig høj, idet en profitmargin på for eksempel 100 procent på nogen produktmarkeder anses for urimeligt høj, mens dette ikke er tilfældet på andre markeder.

1.2.3. Andre mulige metoder

EU-Domstolen har i en række afgørelser henvist til metoder, der alene er anvendt i de enkelte afgørelser. Nærværende afgørelser indeholder dog en række sammenlignelige elementer.

I EU-Domstolens præjudicielle afgørelse *Deutsche Grammophon*⁶³, – vedrørende prisforskelle på lydbærere udbudt af en original producent i Tyskland og reimporterede lydbærere fra Frankrig, fandt EU-Domstolen at:

"[E]n forskel mellem den påtvungne pris og prisen på den fra en anden medlemsstat reimporterede vare, er ikke nødvendigvis ensbetydende med et misbrug,

⁶¹ COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG, præmis 159

⁶² Ibid, præmis 162 samt 166-167

⁶³ C-78/70 - Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mod Metro-SB-Grossmärkte GmbH og Co. KG.

*men kan dog være et afgørende indicium herfor, hvis prisforskellen er stor og ikke sagligt begrundet.*⁶⁴

Ovenstående anses at indeholde elementer fra metoderne anlagt i henholdsvis *United Brands* samt i *SACEM II* og *SACEM III*, idet vurderingen af, om Deutsche Grammonphons priser på lydbærere var urimelig høj kunne foretages ved en pris-sammenligning mellem Deutsche Grammonphons lydbærere og konkurrerende virksomheders salg af disse. Endvidere skulle prisforskellen være stor og ikke objektivt begrundet i lighed med metoden anlagt i *SACEM II* og *SACEM III*.

I den præjudicielle afgørelse *Serena*⁶⁵, vedrørende blandt andet prisforskellen på en kosmetisk og lægende creme udbudt på det italienske marked af en eksklusiv producent og en parallelimportør af samme creme, fandt EU-Domstolen ligeledes, at prisniveauet samt eventuelle objektive begrundelser er elementer indeholdt i vurderingen af, om en pris er urimelig høj i strid med TEUF artikel 102, litra a:

*"...although the price level of the product may not of itself necessarily suffice to disclose such an abuse, it may, however, if unjustified by any objective criteria, and if it is particularly high, be a determining factor."*⁶⁶

I afgørelsen, *British Leyland*⁶⁷, stadfæstede EU-Domstolen Kommissionens afgørelse vedrørende bilfabrikanten British Leylands opkrævning af urimeligt høje gebyrer for tilvejebringelse af typeattester for venstrestyrede biler.⁶⁸ I afgørelsen henviste EU-Domstolen ikke til metoden anlagt i *United Brands*, uagtet at denne var anlagt otte år tidligere, men fandt, at der på baggrund af en historisk sammenligning af British Leylands priser for tilvejebringelsen af typeattester for venstrestyrede biler⁶⁹ samt yderligere en sammenligning af British Leylands priser for tilvejebringelsen af typeattester for højrestyrede biler⁷⁰, at Kommissionen havde bevist, at British Leyland havde opkrævet urimeligt høje priser, idet omkostningerne forbundet med tilvejebringelsen af typeattester for venstrestyrede biler – ifølge EU-Domstolen – kunne anses af være lig omkostningerne forbundet med tilvejebringelsen af typeattester for højrestyrede biler⁷¹. Endvidere fandt EU-Domstolen, at det 600 procent højere gebyr udelukkede var fastsat for at hindre reimport af

⁶⁴ C-78/70 - Deutsche Grammonphon Gesellschaft mbH mod Metro-SB-Grossmärkte GmbH og Co. KG, præmis 19

⁶⁵ C-40/70 - Sirena S.r.l. mod Eda S.r.l. og m.fl.

⁶⁶ Ibid., præmis 17

⁶⁷ C-226/84 – British Layland Public Limited Company mod Europa-Kommissionen

⁶⁸ Ibid., præmis 30

⁶⁹ C-226/84 – British Layland Public Limited Company mod Europa-Kommissionen, præmis 25

⁷⁰ Ibid., præmis 28

⁷¹ Ibid.

venstrestyrede biler⁷², samt at der i øvrigt ikke forelå omstændigheder, der kunne legitimere de højere gebyrer.⁷³

Afgørelsen i *British Leyland* synes at indeholde væsentlige ligheder med metoden anlagt i *United Brands*, idet EU-Domstolen til dels undersøgte, hvorvidt der forelå et urimeligt forhold mellem prisen og omkostningerne forbundet med tilvejebringelsen af typeattester for venstrestyrede biler ved at anse at omkostningerne forbundet med tilvejebringelsen af typeattester for højrestyrede biler kunne anvendes som benchmark. EU-Domstolen fandt dog ikke, at prisen var urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer, men derimod at prisen var urimelig i forhold til *British Leylands* andre varer. Omvendt må metoden anlagt i *United Brands* forstås således, at en vurdering af, om en pris er urimelig i forhold til konkurrerende varer/tjenesteydelser, ikke alene indeholder en sammenligning med konkurrenter, men ligeledes andre former for benchmarks, jf. ligeledes EU-Domstolens afgørelse i *Scippacercola*. Det kan derfor argumenteres, at en sammenligning af en pågældende pris med prisen på virksomhedens egne og sammenlignelige varer/tjenesteydelser ligeledes kan indeholdes i metoden anlagt i *United Brands*.

I den præjudicielle afgørelse, *Corinne Bodson*⁷⁴ var EU-Domstolen af den franske højesteret blevet anmodet om at besvare en række spørgsmål vedrørende koncessionsaftaler om praktisk begravelsesvirksomhed – i.e. transport efter kistelægningen, rustvogne, ligkister, personale ved begravelser, etc. Af den nationale sag fremgik det, at 5.000 – ud af i alt ca. 36.000 – franske kommuner havde indgået en koncessionsaftale om praktisk begravelsesvirksomhed med en privat virksomhed, herunder den franske bedemandsvirksomhed, *Pompes funébres des regions libérées*, der var koncessionshaver i 2.800 kommuner.⁷⁵ *Corinne Bodson*, der ligeledes var aktiv på markedet for praktisk begravelsesvirksomhed, og hvis priser var betydeligt lavere end de af *Pompes funébres des regions libérées* anvendte priser, havde i den nationale sag gjort gældende, at *Pompes funébres des regions libérées* anvendte urimeligt høje priser.⁷⁶ EU-Domstolen lod det være op til den franske domstol at vurdere, hvorvidt *Pompes funébres des regions libérées* havde misbrugt en dominerende stilling ved anvendelsen af urimeligt høje priser. EU-Domstolen bemærkede dog at:

⁷² C-226/84 – *British Layland Public Limited Company mod Europa-Kommissionen*, præmis 29

⁷³ *Ibid.*, præmis 28

⁷⁴ C-30/87 *Corinne Bodson mod SA pompes funébres des regions libérées*

⁷⁵ *Ibid.*, præmis 4

⁷⁶ *Ibid.*, præmis 6

"...Henset til, at flere end 30 000 kommuner i Frankrig ikke har givet en virksomhed koncession inden for begravelsesvæsenet, men enten opretholder fri erhvervsudøvelse inden for området eller varetager dette selv, må det være muligt at sammenligne de priser, der anvendes af de koncessionerede koncernvirksomheder, med andre virksomheders priser; på grundlag af en sådan sammenligning vil det kunne bedømmes, om de koncessionerede virksomheders priser er rimelige."⁷⁷

EU-Domstolen fandt således, at der i vurderingen af, om Pompes funébres des régions libérées havde anvendt urimeligt høje priser kunne foretages en sammenligning af priserne i regulerede og liberaliserede kommuner. Det synes interessant, at EU-Domstolen i afgørelsen ikke henviste til metoden anlagt i *United Brands*, idet *United Brands*-afgørelsen lå forud for den pågældende afgørelse, samt at det burde være muligt at foretage en pris- og omkostningsanalyse på markedet for praktisk begravelsesvirksomhed.⁷⁸ Endvidere fandt EU-Domstolen - ulig dens tidligere afgørelser, hvor en pris- og omkostningsanalyse ikke fandt anvendelse – ikke, at objektive begrundelser skulle medtages i vurderingen. Dette anses dog ikke at skulle forstås således, at der kan statueres urimeligt høje priser, i de tilfælde en virksomhed objektivt kan begrunde en prisforskel, idet det herved ikke synes bevist, at prisen i dette tilfælde er urimelig høj.

2. Delelementer i vurderingen af urimeligt høje priser

2.1. Produktionsprisen

Anvendes metoden anlagt i *United Brands*⁷⁹, skal der foretages en vurdering af, om en virksomheds profitmargin på en pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig høj. EU-Domstolen, Retten i Første Instans og Kommissionen har dog kun i et fåtal af afgørelser berørt, hvilke omkostninger der skal medtages i denne vurdering, samt hvorledes disse skal beregnes.⁸⁰ Endvidere har Kommissionen – på tids-

⁷⁷ C-30/87 Corinne Bodson mod SA pompes funébres des régions libérées, præmis 31

⁷⁸ Gal, Michal (2004). Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? New York University Law and Economics Working Papers. Paper, s. 36

⁷⁹ C-27/76 – *United Brands Company* mod Kommissionen

⁸⁰ C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier, de forenede sager: C-110/88 – *Lucazeau* mod *SACEM*, C-241/88 *SACEM* mod *Xavier Debelle* og C-242/88 *SACEM* mod *Christian Soumagnac*, C-177/16 – *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība* mod *Konkurences padome*, COMP/A.36.568/D3 – *Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, C-159/08 *Isabella Scippacercola* og *Ioannis Terezakis* mod Kommissionen samt C-298/83 – *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)* mod Kommissionen

punktet for denne afhandling – alene foretaget en reel undersøgelse af en virksomheds omkostninger forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelse i *Port of Helsingborg*.⁸¹

2.1.1. Beregning af produktionsprisen

Der er på markeder med ingen eller begrænset konkurrence risiko for, at virksomheders konkurrencebegrænsende adfærd ikke sanktioneres i tilfælde, hvor profitmarginen ikke er urimelig høj. EU-Domstolen har i de præjudicielle afgørelser, *SACEM II*⁸², *SACEM III*⁸³ og senest i *AKKA/LAA*⁸⁴ antydnet, at en undersøgelse af omkostningerne derfor skal tage udgangspunkt i en effektiv virksomheds omkostninger og ikke i den pågældende virksomheds reelle omkostninger⁸⁵. I alle tre afgørelser fandt EU-Domstolen således, at såfremt en virksomheds driftsomkostninger er væsentligt højere end sammenlignelige virksomheders driftsomkostninger i andre medlemsstater, kan det ikke udelukkes, at dette skyldes en manglende konkurrence på det pågældende marked. EU-Domstolen afviste herved, at virksomhedernes driftsomkostninger kunne anvendes som objektiv begrundelse for de højere priser.⁸⁶

I ovenstående tre præjudicielle afgørelser fandt EU-Domstolen dog ikke, at det var nødvendigt at foretage en pris- og omkostningsanalyse af virksomhedernes priser, men derimod at en pris er urimelig høj, såfremt de pågældende virksomheders priser var urimeligt høje i forhold til sammenlignelige virksomheders priser i andre medlemsstater. Hvorvidt det således i praksis er muligt at foretage en beregning af den effektive virksomheds omkostninger forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelse i tilfælde, hvor der skal foretages en vurdering efter metoden anlagt i *United Brands*, synes derfor uklart, idet der – foruden at undersøge den pågældende virksomheds reelle omkostninger – ligeledes skal foretages en vurdering af, hvilke omkostninger samme virksomhed ville afholde, såfremt denne var effektiv. Vurderingen af, om en virksomhed har opkrævet urimeligt høje priser, ville således indebære et ekstra led i en i forvejen vanskelig test. Denne tilgang er endvidere

⁸¹ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

⁸² C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier

⁸³ C-110/88 – Lucazeau mod SACEM, C-241/88 SACEM mod Xavier Debelle og 242/88 SACEM mod Christian Soumagnac

⁸⁴ C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome

⁸⁵ C-395/87 – Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier, præmis 42, C-110/88 – Lucazeau mod SACEM, C-241/88 SACEM mod Xavier Debelle og 242/88 SACEM mod Christian Soumagnac, præmis 29 samt C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 58

⁸⁶ Ibid.

ikke fulgt af Kommissionen, der i henholdsvis *Port of Helsingborg*⁸⁷, *Scippacercola*⁸⁸ og *Deutsche Post II*,⁸⁹ alene tog udgangspunkt i virksomhedernes reelle omkostninger.

Uanset, at produktionsprisen alene vurderes på baggrund af virksomhedernes reelle omkostninger, kan der dog fortsat foreligge vanskeligheder ved at beregne produktionsprisen på en vare/tjenesteydelse. Dette anses særligt at være gældende, når virksomhederne er aktive på flere markeder, idet virksomhedernes produktion af forskellige varer/tjenesteydelser typisk vil finde sted på samme adresse, hvorved der vil foreligge et overlap mellem omkostningerne forbundet med produktionen af de enkelte varer/tjenesteydelser⁹⁰. Dette vil blandt andet være tilfældet, såfremt en virksomhed benytter samme produktionsanlæg til at producere flere varer, hvoraf alene en af disse er genstand for vurderingen. EU-Domstolen har dog anerkendt denne problemstilling i *United Brands*:

*"...anerkendes, at der er ikke ubetydelige og undertiden meget store vanskeligheder forbundet med at finde frem til en produktionspris, hvilket undertiden kan indebære en skønmæssig fordeling af de indirekte omkostninger og af de generelle udgifter, og som kan frembyde betydelige variationer efter virksomhedens størrelse, dens mere eller mindre sammensatte karakter, det geografiske område den dækker, forskelligartetheden af dens produktion, antallet af datterselskaber og disses indbyrdes forhold..."*⁹¹

Uanset ovenstående anerkendelse af vanskelighederne forbundet med beregningen af omkostningerne fandt EU-Domstolen i *CICCE*⁹², at der ikke kan foretages en gennemsnitsberegning af en virksomheds samlede omkostninger, men at der skal foretages en specifik beregning af omkostningerne forbundet med den eller de varer/tjenesteydelser, der anses for at være prissat urimeligt højt⁹³. I afgørelsen fandt EU-Domstolen således, at Kommissionen med rette havde afvist en klage

⁸⁷ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

⁸⁸ COMP/D3/38469 – AIA SA og Olympic Fuel Company SA – Ikke offentliggjort. Se T-306/05 – Isabella Scippacercola og Ioannis Terezkis mod Kommissionen samt C-159/08 Isabella Scippacercola og Ioannis Terezkis mod Kommissionen.

⁸⁹ COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG

⁹⁰ Motta, Massimo and Alexandre de Streel (2007). *Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? I: The Pros and Cons of High Prices. Konkurrensverket Swedish Competition Authority*. Stockholm 2007, s. 34

⁹¹ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 254

⁹² C-298/83 – Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) mod Kommissionen

⁹³ *Ibid.*, præmis 24-25. Afgørelsen er speciel, idet sagen vedrører tre virksomheders købermagt og ikke som i afhandlingens resterende afgørelser virksomhedernes sælgermagt. Dette anses dog ikke at have betydning for nærværende afsnit, da det vurderes, at EU-Domstolen må anses at være kommet frem til samme resultat i den omvendte situation.

vedrørende tre franske fjernsynsselskabers prispolitik i forbindelse med køb af rettigheder til at udsende biografilm i fjernsynet, idet det ikke ved en gennemsnitsberegning af alle de film, som selskaberne havde købt kunne fastslås, at selskaberne havde påtvunget urimelige købspriser. Der skulle således foretages en beregning af omkostningerne forbundet med hver enkelte film, som selskaberne havde købt rettighederne til at vise, hvilket ikke var foretaget i den pågældende sag.⁹⁴

Ovenstående blev ligeledes gjort gældende af Kommissionen i *Port of Helsingborg*⁹⁵, hvor Kommissionen – i forbindelse med vurderingen af niveauet af Helsingborg Havns afgifter til færgetransport – fandt, at alene omkostningerne forbundet med havnens ydelser til færgetransport og ikke omkostningerne til havnens andre aktiviteter skulle indgå i vurderingen.⁹⁶

I sagen fandt Kommissionen endvidere, at det var tilstrækkeligt at foretage et estimat af omkostningerne forbundet med den pågældende ydelse, uanset at dette kunne medføre et for lavt skøn, idet en estimering – ifølge Kommissionen – (i) er i overensstemmelse med EU-Domstolens udtalelse i *United Brands*, hvorefter der kan foretages en skønsmæssig fordeling af omkostninger⁹⁷ og (ii) at dette i den pågældende sag var til fordel for klager.⁹⁸ På baggrund heraf skulle havnens fælles omkostninger fordeles proportionalt med havneafgifternes andel af Helsingborg Havns samlede indtægter.⁹⁹

2.1.2. Medtagne omkostninger i beregningen

I den økonomiske teori¹⁰⁰ anses det, at der på et marked med perfekt konkurrence er markedsligevægten, når prisen på en vare/tjenesteydelse er lig med de marginale omkostninger. De marginale omkostninger omfatter dog alene en virksomheds variable omkostninger og ikke virksomhedens faste omkostninger forbundet med produktionen¹⁰¹. På kort sigt kan en virksomhed acceptere, at den udbudte pris

⁹⁴ C-298/83 – Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) mod Kommissionen, præmis 24-25

⁹⁵ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

⁹⁶ Ibid., punkt 115-119

⁹⁷ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 254

⁹⁸ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg, punkt 118

⁹⁹ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg, Appendix 3.1, punkt 31

¹⁰⁰ se kapitel I, afsnit 1.1

¹⁰¹ Biede, Hans Jørgen (2018). Mikroøkonomi – Videregående uddannelser. 4. udg. København: Hans Reitzels Forlag, s. 91. Forholdet mellem variable og faste omkostninger er dog i praksis elastisk, idet faste omkostninger kan blive variable og vice versa. Fx kan faste omkostninger til produktion af en komponent blive variable i det tilfælde, hvor virksomheden vælger at outsource produktionen. Se Geradin, Damien; Dr Anne Layne-Farrar & Nicolas Petit (2012). *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, s. 101.

udelukkende dækker de marginale omkostninger, men på længere sigt skal virksomheden ligeledes have dækket sine faste omkostninger, idet produktionen ellers vil medføre underskud og virksomheden derved må forlade markedet. Den udbudte pris skal således som minimum svare til de variable og faste omkostninger forbundet med produktionen af den enkelte vare/tjenesteydelse, i.e. *average total cost*.¹⁰²

Ved vurderingen af urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a forekommer det derfor uhensigtsmæssigt udelukkende at foretage en vurdering af profitmarginen på baggrund af en virksomheds marginale omkostninger forbundet med produktionen af en pågældende vare/tjenesteydelse, herunder særligt på markeder, hvor virksomhedernes faste omkostninger er betydeligt større i forhold til virksomhedernes variable omkostninger. Dette vil for eksempel være tilfældet ved udviklingen af nye teknologier, hvor de faste omkostninger forbundet med udviklingen vil være væsentlig højere end de marginale omkostninger forbundet med leasingen af denne teknologi.¹⁰³

I *Port of Helsingborg*¹⁰⁴ fandt Kommissionen i lighed med ovenstående, at beregningen af havnens omkostninger forbundet med ydelserne til færgetransport skulle inkludere både faste og variable omkostninger, herunder driftsomkostninger, overhead omkostninger samt afskrivninger.¹⁰⁵ Omvendt fandt Kommissionen ikke, at havnens kapitalomkostninger skulle inkluderes i beregningen. Dette var dog baseret på, at Kommissionen ikke fandt, at der forelå troværdige informationer om havnens kapitalomkostninger, hvorfor det må vurderes, at en virksomheds kapitalomkostninger i andre tilfælde kan medtages i beregningen, såfremt der foreliges troværdige informationer herom.¹⁰⁶

Endvidere fandt EU-Domstolen i *Ahmeed Saeed*¹⁰⁷, at billetpriserne på ruteflyvninger i Tyskland skulle stå i et rimeligt forhold til selskabets totale omkostninger på længere sigt, herunder blandt andet selskabets kapitalomkostninger.¹⁰⁸

¹⁰² Biede, Hans Jørgen (2018). Mikrøekonomi – Videregående uddannelser. 4. udg. København: Hans Reitzels Forlag s. 89.

¹⁰³ Geradin, Damien (2009) The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities - A View from Europe. *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, s. 7

¹⁰⁴ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

¹⁰⁵ Ibid., Appendix 3.1

¹⁰⁶ Ibid., punkt 224

¹⁰⁷ C-66/89 – Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro GmbH mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

¹⁰⁸ Ibid., præmis 43

Som det tidligere er gjort gældende i afsnit 1, er det dog i praksis vanskeligt at undersøge omkostningerne forbundet med produktionen/leveringen af en vare/tjenesteydelse, idet dette forudsætter, at oplysningerne om virksomhedens omkostninger er tilgængelige samt ligeledes troværdige. Virksomhederne opgør som udgangspunkt alene deres omkostninger til brug for opfyldelsen af finansielle og skattemæssige lovkrav, hvilket inter alia ikke inkluderer virksomhedernes kapitalomkostninger eller samtlige omkostninger forbundet med R&D, herunder omkostninger til fejlslåede forsøg.¹⁰⁹ Beregningen af virksomhedernes omkostninger forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelse vanskeliggøres endvidere i de tilfælde, hvor virksomhederne opererer på flere forskellige markeder, idet der herved – som udtalt i *Port of Helsingborg*¹¹⁰ – skal foretages en fordeling af virksomhedernes fællesomkostninger.¹¹¹ Hvorvidt en profitmargin er urimelig høj, synes således at afhænge af en række usikre variable.

2.2. Den økonomiske værdi

Siden EU-Domstolens afgørelse i *General Motors*¹¹² har henholdsvis EU-Domstolen, Retten i Første Instans og Europa-Kommissionen efterfølgende fastlagt, at prisen på en vare/tjenesteydelse er urimelig høj, såfremt prisen ikke står i et rimelig forhold til den økonomiske værdi af denne vare/tjenesteydelse.¹¹³ Hvad der udgør den økonomiske værdi af en vare/tjenesteydelse, er dog kun i et begrænset omfang blevet specificeret i den efterfølgende praksis.

¹⁰⁹ Motta, Massimo and Alexandre de Streel (2007). Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? I: The Pros and Cons of High Prices. *Konkurrensverket Swedish Competition Authority*. Stockholm 2007, s. 133 samt Geradin, Damien (2009) The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities - A View from Europe. *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, s. 7-8

¹¹⁰ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg, Appendix 3.1, punkt 31

¹¹¹ For en mere udførlig beskrivelse af problemstillingerne ved beregning af virksomhedernes omkostninger i forbindelse med urimeligt høje priser se: Motta, Massimo and Alexandre de Streel (2007). Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? I: The Pros and Cons of High Prices. *Konkurrensverket Swedish Competition Authority*. Stockholm 2007, s. 34 samt Williams, Mark (2007). Excessive Pricing. *Konkurrensverket Swedish Competition Authority*. Stockholm 2007, s. 133

¹¹² C-26/75 - General Motors Continental NV mod Europa-Kommissionen

¹¹³ Se blandt andet: Se blandt andet: C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, C-226/84 – British Layland Public Limited Company mod Kommissionen, C-323/93 Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle mod Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg og m.fl.

Ifølge den økonomiske teori er en vares/tjenesteydelses økonomiske værdi bestemt på baggrund af forbrugernes villighed til at betale samt omkostningerne forbundet med produktionen.¹¹⁴ Dette synes dog ikke at have været tilfældet i *General Motors*¹¹⁵ og *British Leyland*¹¹⁶, hvor den økonomiske værdi alene blev vurderet på baggrund af virksomhedernes omkostninger forbundet med tilvejebringelsen af typeattester og ikke forbrugernes villighed til at betale.¹¹⁷ Omvendt fandt Kommissionen i *Port of Helsingborg*¹¹⁸, at den økonomiske værdi, foruden en virksomheds omkostninger forbundet med produktionen af en vare/tjenesteydelse, ligeledes indeholder andre non-cost faktorer, herunder særligt faktorer, der relaterer sig til efterspørgslen på den pågældende vare/tjenesteydelse.¹¹⁹ I sagen afviste Kommissionen således, at den økonomiske værdi af havnens ydelser skulle fastlægges ud fra en cost-plus-metode.¹²⁰

*"... the cost-plus approach [...] only takes into account the conditions of supply of the product/service. The determination of the economic value of the product/service should also account of other non-cost related factors, especially as regards the demand-side aspects of the product/service concerned"*¹²¹

Endvidere fandt Kommissionen, at (i) den korte distance mellem Helsingør og Helsingborg, (ii) havnens placering tæt på det centrale Helsingborg og (iii) adgangen til indfaldsveje og offentlig transport alle havde en værdi hos kunderne på et henholdsvis up- og downstream marked, der ikke var indeholdt i havnens omkostninger forbundet havnens ydelser til færgetjenesterne, men som var indeholdt i den økonomiske værdi af disse ydelser.¹²²

I overensstemmelse med ovenstående fandt Kommissionen i *Euromax*¹²³, at – foruden omkostningerne forbundet med leasingen af IMAX-systemet – var IMAX's

¹¹⁴ O'Donoghue Robert and Jorge Padilla (2013). The Law and Economics of Article 102 TFEU. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., s. 746

¹¹⁵ IV/28.851 — General Motors Continental

¹¹⁶ C-226/84 – British Layland Public Limited Company mod Kommissionen

¹¹⁷ IV/28.851 — General Motors Continental, afsnit III samt C-226/84 – British Layland Public Limited Company mod Kommissionen, præmis 58

¹¹⁸ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

¹¹⁹ Ibid. Punkt 226

¹²⁰ Ibid., punkt 221

¹²¹ Ibid., punkt 226

¹²² Ibid., punkt 235

¹²³ COMP/C-2/37.761 – Euromax v/IMAX

varemærke ligeledes indeholdt i den økonomiske værdi.¹²⁴ Dette er ligeledes støttet af Retten i Første Instans, der i *DSD*¹²⁵ bemærkede, at det ikke kunne udelukkes at DSD's varemærke 'Der Grüne Punkt' havde en økonomisk værdi.¹²⁶

Hvorvidt en virksomhed inden for rækkevidden af ovenstående kan differentiere sine priser på baggrund af købernes villighed til at betale for en pågældende vare/tjenesteydelse på forskellige markeder, synes at kunne udledes af EU-Domstolens afgørelse i *United Brands*¹²⁷, hvor EU-Domstolen fandt, at forskelle på "*intensiteten i konkurrencen kan føre til forskelligt prisniveau ved videresalg i detailledet i de forskellige medlemsstater*"¹²⁸ samt i Retten af Første Instans afgørelse, *Deutsche Bahn*¹²⁹, hvor Retten – vedrørende diskrimination af handelspartnere ved jernbanetransport – fandt, at en skarpere konkurrence kunne begrunde en prisforskel.¹³⁰ Retten tog dog i sagen ikke stilling til, hvorvidt denne prisforskel var urimelig høj, men alene om der forelå diskrimination af handelspartnere.

Omvendt har Kommissionen – i deres Discussion Paper – udtalt, at der, såfremt en virksomhed prisdifferentierer på baggrund af købernes villighed til at betale, foreligger udnyttende misbrug.¹³¹ Dette er ligeledes fastholdt i OECD's roundtables, hvor Kommissionen udtalte, at såfremt købernes villighed til at betale for en pågældende vare/tjenesteydelse indeholdes i den økonomiske værdi, vil dette "*define away any possible excessive price*".¹³²

I Generaladvokat Wahls forslag til afgørelsen i *AKKA/LAA*¹³³ påpegede Wahl derimod, at der i EU er væsentlige forskelle i forbrugernes købekraft, herunder i deres evne og til dels også i deres vilje til at betale for en pågældende vare/tjenesteydelse, hvorfor det ikke kan anfægtes, at der forekommer væsentlige prisforskelle på tværs af EU.¹³⁴ Dette blev ligeledes bekræftet af EU-Domstolen i *AKKA/LAA*.¹³⁵

Det kan dog diskuteres, hvorvidt efterspørgslen på en vare/tjenesteydelse i alle tilfælde skal indeholdes i den økonomiske værdi, idet efterspørgslen på markeder

¹²⁴ COMP/C-2/37.761 – Euromax v/IMAX, s. 8, sidste afsnit

¹²⁵ T-151/01 – Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mod Kommissionen

¹²⁶ Ibid., præmis 194

¹²⁷ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen

¹²⁸ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 228

¹²⁹ T-229/94 – Deutsche Bahn AG mod Kommissionen

¹³⁰ Ibid., præmis 91

¹³¹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, punkt 141

¹³² OECD: Roundtable Report – Excessive Pricing, DAF/COMP(2011)18, s. 319

¹³³ General Advokat AG Wahls Forslag til afgørelse i C-177/16 16 – Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome

¹³⁴ Ibid., præmis 85

¹³⁵ C-177/16 – Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 46

med udbud af essentielle varer/tjenesteydelser ikke afhænger af, om køberne ønsker de pågældende varer/tjenesteydelser, men derimod at de er nødsaget til at anskaffe disse – uanset pris. Dette synes særligt at være gældende på markeder for visse typer af lægemidler.

2.3. Benchmarking

I hovedparten af afgørelserne afsagt af henholdsvis EU-Domstolen, Retten i Første Instans og Kommissionen er en eller flere former for benchmark blevet anvendt. Dette inkluderer – foruden sammenligningen af en virksomheds priser og omkostninger – sammenligninger af en virksomheds pris på en pågældende vare/tjenesteydelse med (i) virksomhedens historiske priser på samme vare/tjenesteydelse, (ii) virksomhedens priser på andre geografiske markeder (iii) virksomhedens priser på lignende varer/tjenesteydelser på samme geografiske marked, (iv) konkurrenters priser på samme geografiske marked samt (v) priserne på lignende varer/tjenesteydelser på andre geografiske markeder.

2.3.1. Prissammenligning over tid

Kommissionen har kun i enkelte tilfælde sammenlignet en virksomheds priser på en pågældende vare/tjenesteydelse med virksomhedens historiske priser på samme vare/tjenesteydelse. I EU-Domstolens afgørelse i *British Leyland*¹³⁶ fandt EU-Domstolen, at Kommissionen havde løftet bevisbyrden for, at der forelå urimeligt høje priser ved at have foretaget en sammenligning af British Leylands nuværende og historiske priser for tilvejebringelsen af typeattester for venstrestyrede biler¹³⁷. I sagen havde British Leyland oprindeligt opkrævet 25 pund for tilvejebringelsen af typeattester til venstrestyrede biler, hvorefter gebyret efterfølgende blev forhøjet til henholdsvis 150 pund for forhandlere og 100 pund for private. Efterfulgt af en ens pris 100 pund for både forhandlere og private samt under Europa-Kommissionen undersøgelse til 50 pund.¹³⁸ Da der ifølge EU-Domstolen ikke forelå anerkendelsesværdige årsager til prisstigningen på op til 600 procent, stadfæstede EU-Domstolen Kommissionens afgørelse.¹³⁹

Den historiske prissammenligning blev ligeledes anvendt af Kommissionen i *General Motors*¹⁴⁰, hvor Kommissionen fandt, at General Motors havde anvendt urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a, ved – i fem tilfælde – inter alia at have hævet prisen for udstedelse af typeattester og identificeringsskilte fra

¹³⁶ C-226/84 – *British Leyland Public Limited Company mod Kommissionen*

¹³⁷ *Ibid.*, præmis 30

¹³⁸ *Ibid.*, præmis 25

¹³⁹ *Ibid.*, præmis 28-30

¹⁴⁰ IV/28.851 — *General Motors Continental* – Afgørelsen blev efterfølgende annulleret af EU-Domstolen, idet General Motors havde sænket prisen og refunderet forskellen til kunderne inden Kommissionen havde begyndt deres undersøgelser.

2500 belgiske franc til 5000 belgiske franc.¹⁴¹ Da General Motors havde sænket prisen samt refunderet forskellen til kunderne, inden Kommissionen havde begyndt deres undersøgelser, fandt EU-Domstolen imidlertid ikke, at der forelå misbrug i form af urimeligt høje priser.¹⁴²

På baggrund af ovenstående afgørelser anses det, at en sammenligning af en virksomheds pris på en pågældende vare/tjenesteydelse med virksomhedens historiske priser på samme vare/tjenesteydelse i praksis kun kan statuere urimeligt høje priser i ganske få tilfælde, idet en anvendelse heraf forudsætter, at en virksomhed (i) har øget dens priser på den pågældende vare/tjenesteydelse samt (ii) at der ikke foreligger objektive begrundelser for prisstigningen. Hvilke årsager, der kan begrunde en prisstigning, er på tidspunktet for denne afhandling ikke klarlagt i praksis. Mulige objektive begrundelser kan dog være prisstigninger på omkostningerne på materialer, lønomkostninger samt eventuelle ændringer i konjunkturerne.¹⁴³ Endvidere har generaladvokat Wahl i sit forslag til afgørelse i *AKKA/LAA* bemærket, at en ændring i forbrugerpræferencer ligeledes kan anvendes som objektiv begrundelse for en efterfølgende prisstigning.¹⁴⁴

2.3.2. Prissammenligning med virksomhedens lignende varer/tjenesteydelser

Foruden ovenstående prissammenligning har EU-Domstolen og Kommissionen i enkelte afgørelser sammenlignet en virksomheds pris på en pågældende vare/tjenesteydelse med sammenlignelige vare/tjenesteydelser udbudt af samme virksomhed. I *British Leyland*¹⁴⁵ fandt både Kommissionen og EU-Domstolen, at omkostningerne og prisen for tilvejebringelsen af typeattester for venstre styrede biler kunne sammenlignes med British Leylands tilvejebringelse af typeattester for højrestyrede biler, idet der for tilvejebringelsen af typeattester for venstre styrede biler til forskel for højrestyrede biler alene forelå en kontrol af, om der i forbindelse med ombygningen fra højre- til venstre styrede biler var foretaget de nødvendige ændringer. Denne kontrol, der var baseret på en attest fra værkstederne kunne ifølge Kommissionen og EU-Domstolen ikke begrunde prisforskellen.¹⁴⁶

I *Deutsche Post II*¹⁴⁷ fandt Kommissionen ligeledes, at en sammenligning af virksomhedens ydelser kunne anvendes som benchmark i vurderingen af urimeligt høje priser. I sagen fandt Kommissionen – i mangel af pålidelige data – at Deutsche Posts omkostninger samt prisen for levering af grænseoverskridende post

¹⁴¹ Ibid., punkt 8

¹⁴² C-26/75 – General Motors Continental mod Kommissionen, præmis 19-20

¹⁴³ Geradin, Layenne-Farrar og Petit: EU Competition Law and Economics, 2012, s. 276

¹⁴⁴ C-177/16 – Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 41

¹⁴⁵ C-226/84 – British Leyland Public Limited Company mod Europa-Kommissionen

¹⁴⁶ Ibid., præmis 28

¹⁴⁷ COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG

kunne sammenlignes med omkostningerne og prisen for leveringen af indlands-post¹⁴⁸.

Omvendt fandt EU-Domstolen i *United Brands*¹⁴⁹, at Kommissionens sammenligning af priserne på Chiquita-bananer i Irland og i yderligere fire områder af det relevante marked – i.e. Danmark, Belgien, Luxemburg, Nederlandene og Tyskland – ikke kunne statuere, at United Brands havde anvendt urimeligt høje priser, idet det, af United Brands, var bestridt, at virksomheden havde opnået en fortjeneste ved salget til irske kunder.¹⁵⁰ I overensstemmelse hermed fandt Kommissionen i *Port of Helsingborg*¹⁵¹, at der ikke kunne foretages en sammenligning mellem havnens ydelser til færgetjenester og havnens ydelser til fragtskibe, idet havnens virksomhed vedrørende ydelser til fragtskibe ikke var rentabel.¹⁵²

Bevisbyrden for at statuere urimeligt høje priser anses – ved anvendelsen af en sammenligning af virksomhedens lignende produkter – at være væsentligt lettere at løfte, idet der som udgangspunkt ikke skal foretages en reel beregning af virksomhedernes omkostninger forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelse. Prissammenligningen kan dog alene anvendes, såfremt virksomhederne udbyder ækvivalente samt profitable vare/tjenesteydelser.¹⁵³ Endvidere skal det ved en eventuel prisforskel undersøges, om denne er objektivt begrundet, herunder om der foreligger forskelle i omkostningerne til transport, skatter og afgifter.¹⁵⁴

2.3.3. Prissammenligning på tværs af konkurrenter

Det følger af metoden anlagt i *United Brands*, at prisen på en vare/tjenesteydelse kan være urimelig høj sammenlignet med prisen på konkurrerende varer/tjenesteydelser.¹⁵⁵ En prissammenligning mellem konkurrenter synes dog kun i sin rene form have været anvendt i *United Brands*¹⁵⁶ samt i *Euromax*.¹⁵⁷ Dette uanset, at EU-Domstolen i *Scippacercola* fandt, at Europa-Kommissionen havde undersøgt, om lufthavnsgebyrerne opkrævet af Athens Lufthavn var urimeligt høje i forhold til priserne på konkurrerende varer, ved at have foretaget en prissammenligning med lufthavne i andre medlemsstater.¹⁵⁸ Denne prissammenligning synes dog

¹⁴⁸ Ibid., præmis 160

¹⁴⁹ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen

¹⁵⁰ Ibid., præmis 261

¹⁵¹ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

¹⁵² Ibid., punkt 179

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ præmis 228

¹⁵⁵ Ibid. præmis 252

¹⁵⁶ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen

¹⁵⁷ COMP/C-2/37.761 – Euromax v/ IMAX

¹⁵⁸ C-159/08 P - Isabella Scippacercola og Ioannis Terezakis mod Kommissionen, præmis 47

ikke at være foretaget mellem konkurrenter, idet markedet for lufthavne i ovenstående tilfælde må anses at skulle opdeles nationalt eller lokalt.

Anvendelsen af prissammenligninger mellem konkurrerende varer/tjenesteydelser synes ligeledes kun at være relevant i ganske få tilfælde, idet prissammenligningen ikke anses at kunne anvendes på markeder med monopol, jf. Kommissionens udtalelser i *Deutsche Post II*.¹⁵⁹

Endvidere vil mindre virksomheder på markeder med konkurrence som udgangspunkt følge en dominerende virksomheds prispolitik, hvorfor en prissammenligning mellem den dominerende virksomheds varer/tjenesteydelser og konkurrerende varer/tjenesteydelser ikke vil kunne påvise anvendelsen af urimeligt høje priser.¹⁶⁰ Følger de konkurrerende virksomheder ikke den dominerende virksomheds prispolitik, må det anses, at køberne i de fleste tilfælde vil skifte til konkurrerende varer/tjenesteydelser. Er dette ikke tilfældet, bør det undersøges, om varerne/tjenesteydelserne udbudt af henholdsvis den dominerende virksomhed og de konkurrerende virksomheder er sammenlignelige, eller om der er forhold, der kan begrunde en højere pris. Dette var tilfældet i Kommissionens afgørelse i *Euro-max*¹⁶¹, hvor Kommissionen fandt, at IMAX-systemet ikke kunne sammenlignes med konkurrerende varer på markedet, idet (i) priserne på de konkurrerende varer inkluderede købet samt installeringen af projektorer, hvorimod IMAX-systemet var et skræddersyet system, der udelukkende kunne leases samt (ii) IMAX's varemærke havde en væsentlig værdi, der ikke kunne sammenlignes med konkurrenterne.¹⁶²

2.3.4. Prissammenligning med tilsvarende produkter på andre geografiske markeder

Kommissionen, Retten i Første Instans og EU-Domstolen har i flere afgørelser fastlagt, at der, ved vurderingen af om en dominerende virksomheds pris på en pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig høj, kan foretages en sammenligning af prisen på den pågældende vare/tjenesteydelse med tilsvarende vare/tjenesteydelser udbudt på andre geografiske markeder.¹⁶³ Dette blev inter alia fastslået i *SACEM II*, *SACEM III* og senest i *AKKA/LAA*, hvor EU-Domstolen fandt, at en prissammenligning af varer/tjenesteydelser i en pågældende medlemsstat og de priser som anvendes i andre medlemsstater kan danne grundlag for, at en pris er

¹⁵⁹ COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG, præmis 159

¹⁶⁰ Akman: Concept of Abuse in EU Competition Law, 2012, 196

¹⁶¹ COMP/C-2/37.761 – Euromax v/ IMAX

¹⁶² Ibid., s. 6, 3-4. Afsnit

¹⁶³ Se blandt andet: C-110/88, C-241/88 og C-242/88, F. Lucazeau v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, C-295/87 Ministère Public mod Tournier samt C-177/16 – Autorties  bu un komunic  šanās konsult  ciju a  ent  ra/Latvijas Autoru apvien  ba mod Konkurences padome

urimeligt høj, når sammenligningen er foretaget på et ensartet grundlag i.e. på baggrund af objektive, passende og verificerbare kriterier¹⁶⁴. Hvilke kriterier, der skal lægges vægt på, afhænger dog af de konkrete omstændigheder.¹⁶⁵

I *AKKA/LAA* fandt EU-Domstolen, at der inter alia kan tages hensyn til forbrugsvaner samt andre økonomiske og sociokulturelle forhold, herunder bruttonationalproduktet per indbygger samt kultur- og historiearv.¹⁶⁶ Hvilke sociokulturelle forhold, der er objektive og passende, er dog af EU-Domstolen ikke nærmere uddybet. EU-Domstolens inddragelse af sociokulturelle forhold samt den efterfølgende manglende definition heraf synes således at kunne medføre en elasticitet i Europa-Kommissionens og medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheders anvendelse af den pågældende prissammenligning, der potentielt kan lede til en uens retsanvendelse.

Endvidere er antallet af valgte referencestater – ifølge EU-Domstolen – ikke er af væsentlig betydning for prissammenligningens resultat, men derimod om beregningsmetoden i de valgte referencestater svarer til beregningsmetoden i den pågældende medlemsstat. I det tilfælde, at de økonomiske betingelser ikke er tilsvarende i referencestaterne, skal dette korrigeres på baggrund af PPP-indekset.¹⁶⁷

Dette følger i væsentlige dele Generaladvokat Wahls forslag til afgørelsen, hvori Wahl fandt, at der ved en sammenligning af priserne i en række medlemsstater ikke alene skal foretages en vurdering af sammenlignelige varer/tjenesteydelser, men ligeledes af sammenlignelige økonomiske forhold, hvorunder disse leveres, idet værdien af en euro i den pågældende medlemsstat ikke nødvendigvis svarer til værdien af en euro i referencestaterne.¹⁶⁸

Uanset, at der på baggrund af PPP-indekset tages højde for forskelle i medlemsstaterne økonomiske forhold, synes der fortsat at foreligge væsentlige begrænsninger i anvendelsen af en prissammenligning mellem medlemsstaterne, idet PPP-indekset ikke indkalkulerer forskelle i medlemsstaternes regulering af et pågældende marked, forskelle i konkurrencen i de enkelte medlemsstater, samt om priserne i de valgte referencelande er udtryk for en vares/tjenesteydelses økonomiske

¹⁶⁴ C-110/88, C-241/88 og C-242/88, F. Lucazeau mod Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, præmis 25, C-295/87 Ministère Public mod Tournier, præmis 38 samt i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 38-41

¹⁶⁵ C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 41

¹⁶⁶ Ibid., præmis 46

¹⁶⁷ Ibid., præmis 45

¹⁶⁸ Forslag til afgørelse i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 84-90

¹⁶⁸ Ibid., præmis 45

værdi eller om priserne for eksempel skyldes virksomhedernes prispolitik i forbindelse med virksomhedernes etablering på markedet i referencelændene.¹⁶⁹

Endvidere er en prissammenligning af geografiske markeder betinget af, at de pågældende varer/tjenesteydelser er sammenlignelige. Er dette ikke tilfældet, kan sammenligningen ikke anvendes som et egnet benchmark. Dette synes særligt at være vanskeligt på markeder, hvor de udbudte varer/tjenesteydelser ikke er fuldstændig identiske. I *Port of Helsingborg*¹⁷⁰ fandt Kommissionen således, at der ikke kunne foretages en sammenligning mellem havneafgifterne opkrævet af Helsingborg Havn og andre havne, idet der var væsentlige forskelle i ydelserne omfattet af havneafgifterne, herunder havnenes geografiske placering, den omkringliggende infrastruktur, indtægterne og omkostningerne forbundet med ydelserne,¹⁷¹ samt væsentlige forskelle i havnenes beregning af de enkelte færgetjenesters havneafgifter.¹⁷² Kommissionen fandt ligeledes, at en sammenligning af havnene ville omfatte et betydeligt ressourceforbrug, idet det ville være nødvendigt at foretage en vurdering af de enkelte havnes omkostninger og indtægter forbundet med den pågældende ydelse, samt at resultatet – på baggrund af Kommissionens tidligere undersøgelser af Helsingborg Havns profitmargen – med stor sandsynlighed ville være forbundet med flere tvivlsspørgsmål.¹⁷³

Anvendelsen af en prissammenligning af varer/tjenesteydelser udbudt på andre geografiske markeder synes på baggrund af ovenstående at indeholde adskillige problematikker. Prissammenligningen er således alene egnet som benchmark, såfremt de pågældende varer/tjenesteydelser kan anses at være sammenlignelige, samt at de valgte geografiske markeder er udvalgt på et ensartet grundlag.

2.4. En, to, mange benchmarks

Efter en nærmere undersøgelse af delelementerne anvendt i henholdsvis EU-Domstolens, Retten i Første Instans samt Europa-Kommissionens afgørelser synes det klart, at der foreligger en række begrænsninger ved anvendelsen af de enkelte benchmarks, der medfører en risiko for inkonsistente ”fejlagtige” afgørelser, således at virksomheder findes at have anvendt urimeligt høje priser uanset, at virksomhedernes priser står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den pågældende varer/tjenesteydelser – og vice versa.

¹⁶⁹ O'Donoghue Robert and Jorge Padilla (2013). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., s. 754

¹⁷⁰ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg

¹⁷¹ Ibid., punkt 176-207

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg, punkt 163

Generaladvokat Wahl har i sit forslag til afgørelse i *AKKA/LAA*¹⁷⁴ forsøgt, at afhjælpe dette ved at forslå, at ovenstående benchmarks anvendes i kombination:

*"Eftersom der ikke findes en allestedsnærværende prøve, og på grund af de begrænsninger, som alle eksisterende metoder omfatter, er det efter min opfattelse altafgørende, at konkurrencemyndighederne – for at undgå (eller rettere minimere) risikoen for fejl – bør bestræbe sig på at undersøge en sag ved at kombinere flere metoder, heriblandt metoder, der er accepteret i konventionel økonomisk tænkning, og som forekommer egnede og tilgængelige i den konkrete situation. Efter min opfattelse kan de metoder, som fremgår af Domstolens praksis [...], tjene dette formål."*¹⁷⁵

Anvendelsen af flere benchmarks synes dog stadigvæk ikke at fjerne risiciene for inkonsistente "fejlagtige" afgørelser, idet dette ikke fjerner begrænsningerne forbundet med de enkelte benchmarks. Endvidere synes EU-Domstolen ligeledes ikke at være enig i ovenstående, idet EU-Domstolen i *AKKA/LAA* ikke kommenterede på ovenstående udtalelse samt fandt, at undersøgelsen, samt vurderingen af om prisen i den pågældende sag var urimelig høj kunne foretages alene på baggrund af en sammenligning på tværs af medlemsstater, når disse medlemsstater var udvalgt efter objektive, passende og verificerbare kriterier.¹⁷⁶

3. Hvornår er prisen urimelig høj?

Hvornår er prisen så urimelig høj? Ifølge EU-Domstolen kan dette ikke besvares entydigt, da det afhænger af omstændighederne i den konkrete sag.¹⁷⁷ EU-Domstolen har dog i flere afgørelser fundet, at en pris skal være *betydeligt højere* end de anvendte benchmarks,¹⁷⁸ samt at denne forskel skal være *væsentligt* og *vedvarende* – i.e. forskellen skal være af en vis størrelse, bestå i et vist stykke tid og ikke

¹⁷⁴ Forslag til afgørelse i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome

¹⁷⁵ Ibid., præmis 43

¹⁷⁶ C-110/88, C-241/88 og C-242/88, F. Lucazeau mod Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, præmis 25, C-295/87 Ministère Public mod Tournier, præmis 38 samt i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 38-41

¹⁷⁷ C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 55

¹⁷⁸ Se blandt andet C-40/70 - Sirena S.r.l. mod Eda S.r.l. og m.fl., C-110/88, C-241/88 og C-242/88, F. Lucazeau mod Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, præmis 25, C-295/87 Ministère Public mod Tournier, præmis 38 samt i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 38

være midlertidig eller episodisk.¹⁷⁹ Hvornår en prisforskel er betydelig, væsentlig og vedvarende er ikke nærmere defineret af hverken kommissionen, Retten i Første Instans eller af EU-Domstolen.

I *Deutsche Post II* fandt Europa-Kommissionen, at den økonomiske værdi af fordelingen af grænseoverskridende post var lig de gennemsnitlige omkostninger plus en profitmargin på tre procent.¹⁸⁰ Da Deutsche Posts priser var 25 procent højere end de gennemsnitlige omkostninger, fandt Kommissionen, at Deutsche Post havde anvendt urimeligt høje priser.¹⁸¹ At en pris er urimelig høj, såfremt denne overstiger en profitmargin på tre procent, må dog anses kun at være tilfældet på ganske få markeder. I *United Brands* fandt EU-Domstolen således, at en prisforskel på syv procent mellem United Brands Chiquita-bananer og konkurrerende bananer, hverken var høj eller urimelig.¹⁸² Omvendt, i *British Leyland*, fandt EU-Domstolen, at en prisforskel på 500 procent mellem priserne på typeattester til højre- og venstrestyrede biler var urimelig høj.¹⁸³ Endvidere fandt Kommissionen i *Deutsche Telecom*¹⁸⁴, vedrørende prisen på konkurrenters adgang til telenetværket i Tyskland, at der på dette marked forelå et klart indicium for, at prisen var urimelig høj, idet denne var mere end 100 procent højere end priserne på konkurrenceprægede markeder.¹⁸⁵

Uanset hvilket benchmark, der anvendes i vurderingen af om en pris er urimelig høj, synes der på baggrund af retspraksis ikke entydigt at kunne fastlægges et specifikt interval, hvori en pris altid er urimelig høj, idet dette afhænger af det konkrete marked, sagens omstændigheder samt eventuelle objektive begrundelser for den høje pris.

3.1. Når den blotte tilstedeværelse af en pris er urimelig

I enkelte afgørelser afsagt af henholdsvis EU-Domstolen og Kommissionen, synes der ikke at være anvendt en metode til at vurdere, om en pris var urimelig høj. Derimod var den blotte opkrævning nok til at fastslå, at prisen var urimelig høj.

¹⁷⁹ C-177/16 – Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 55

¹⁸⁰ COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG, præmis 162

¹⁸¹ Ibid., præmis 166

¹⁸² C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 266

¹⁸³ C-226/84, British Leyland Public Limited Company mod Kommissionen

¹⁸⁴ Pressemeldelse: IP/96/975 af 4.11.1996 – På baggrund af en komparativ markedsundersøgelse bestilt af Kommissionen, hvori DT's priser var over 100 procent højere end de sammenlignelige markeder, gav DT tilsagn om at reducere priserne for konkurrenternes adgang til telenetværket.

¹⁸⁵ Haag, Marcel and Robert Klotz (1998). Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications. *Competition Policy Newsletter 1998 - number 2 - June*

I den præjudicielle afgørelse, *Centre d'Insémination*¹⁸⁶, vedrørende statsautoriserede insemineringscentres priser på tyresæd importeret fra andre medlemsstater på brugernes anmodning, fandt EU-Domstolen, at:

*"...approved centres would be abusing their dominant position if they were to charge to users costs in excess of the additional costs actually incurred in obtaining and conserving until insemination semen imported at the request of a user from another Member State"*¹⁸⁷

Endvidere i *DSD*¹⁸⁸, vedrørende en landsdækkende ordning for genanvendelse af emballage i Tyskland, var det ved lov pålagt producenter og distributører vedlagsfrit at tilbagetage og nyttiggøre brugt emballage eller anvende en ordning, der sikrede, at emballagen regelmæssigt blev afhentet nær forbrugernes hjemsted med henblik på nyttiggørelse. Duales Systems Deutschland (DSD) var på tidspunktet for afgørelsen den eneste virksomhed, der udbød ovenstående ordning nationalt. Virksomheder, der valgte at anvende denne ordning betalte et gebyr beregnet på baggrund af mængden af virksomhedernes emballage, der var markeret med DSD's logo, og ikke på baggrund af den mængde af emballage DSD faktisk afhentede. I sagen fandt EU-Domstolen, at Retten i Første Instans med rette havde stadfæstet Kommissionens afgørelse om, at betalingen af et gebyr for den samlede mængde emballage var urimelig høj i det tilfælde, hvor det var blevet godtgjort, at en del af denne emballage ikke blev afhentet af DSD.¹⁸⁹

Ovenstående afgørelse synes således at indikere at en pris er urimelig høj, såfremt virksomheder samler en række varer/tjenesteydelser og derved påtvinger en samlet pris herfor, uanset at køberne ikke ønsker af gøre brug af en eller flere af disse. Dette var ligeledes tilfældet i Kommissionens afgørelse i *Standard and Poor's*¹⁹⁰.

Endvidere synes ovenstående udtalelse i *Centre d'Insémination* at indikere, at en pris under konkrete omstændigheder kan være urimelig høj, såfremt prisen på en vare/tjenesteydelse overstiger omkostningerne forbundet hermed, således at en opnået profit – uanset størrelse – vil være urimelig høj. Dette må dog forstås kun at finde anvendelse i et begrænset omfang, idet der ellers ikke ville foreligge et incitament for virksomheder til at indtræde og blive på et pågældende marked.

¹⁸⁶ C-323/93 - Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle mod Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne.

¹⁸⁷ Ibid., præmis 27

¹⁸⁸ C-385/07 P – Der Grüne Punkt – Duales system Deutschland GmbH mod Europa-Kommissionen

¹⁸⁹ Ibid., 141-147

¹⁹⁰ COMP/39.592 – Standard & Poor's – Se ligeledes Europa-Kommissionens afgørelse i COMP/38.636 – RAMBUS

4. Delkonklusion

Ved en gennemgang af afgørelserne vedrørende urimeligt høje priser afsagt af henholdsvis EU-Domstolen, Retten i Første Instans og Kommissionen anses en pris i praksis at være urimelig høj, såfremt den ikke står i et rimeligt forhold til en pågældende vare/tjenesteydelses økonomiske værdi. Hvorvidt dette er tilfældet, kan ifølge EU-Domstolen vurderes på baggrund af flere metoder.

Anvendes metoden anlagt i *United Brands*, skal det (i) undersøges om den opnåede profit forbundet en pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig samt (ii) om prisen er urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer/tjenesteydelser. Anvendes derimod den alternative metode anlagt i *SACEM II* og *SACEM III*, skal det alene undersøges, om prisen er urimelig i forhold til sammenlignelige varer/tjenesteydelser udbudt i andre medlemsstater. Foruden disse metoder har EU-Domstolen og Kommissionen i enkelte afgørelser inkluderet sektorspecifikke bestemmelser i vurderingen af urimeligt høje priser samt metoder, der alene synes at have fundet anvendelse i de konkrete afgørelser. Fælles for disse er dog anvendelsen af benchmarking, samt at en prisforskel skal være betydelig og ikke objektivet begrundet.

Der synes dog at foreligge væsentlige usikkerheder samt begrænsninger metoderne anlagt i ovenstående afgørelser. For det første afhænger flere af de anvendte benchmarks af, at disse er sammenlignelige med den pågældende vare/tjenesteydelse, der undersøges.

For det andet foreligger der en række usikkerheder ved en sammenligning af en virksomheds pris og omkostninger forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelser, herunder særligt hvorledes beregningen af virksomhedernes profitmargin skal foretages, samt om der kan indhentes oplysninger, der er fuldstændige og valide.

For det tredje er der ved sammenligninger på tværs af geografiske markeder ligeledes risici for, at der i sammenligningerne ikke tages højde for væsentlige forskelle i de geografiske markeder, herunder for eksempel forskelle i medlemsstaternes regulering af et pågældende marked.

Ovenstående synes således at medføre risiko for en uensartet anvendelse af metoderne samt de i retspraksis anvendte benchmarks, der kan resultere i inkonsistente og ”fejlagtige” afgørelser.

Endvidere synes de mange usikkerheder forbundet med ovenstående metoder samt benchmarks ligeledes at give et væsentligt råderum for Kommissionen og medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheder, der kan medføre en ulig retsavgørelse på tværs af medlemsstaterne – og herved en divergerende opfattelse af, hvornår der foreligger urimeligt høje priser til skade for virksomhederne.

DEL II - URIMELIGT HØJE PRISER PÅ LÆGEMIDLER

3. Markedet for lægemidler

1. Omsætningsled

Markedet for omsætning af lægemidler består overordnet af (i) leverandører, der udvikler, producerer og leverer lægemidler, (ii) engrosforhandlere, der distribuerer og opbevarer lægemidler til og for primær- og sekundærsektoren (lægeklinikker, hospitaler og apoteker), (iii) købere (primær- og sekundærsektoren) samt (iv) patienter/forbrugere.

1.1. Leverandører

Leverandørledet kan overordnet opdeles i (i) producenter af originale lægemidler, (ii) producenter af generiske lægemidler og (iii) parallelimportører.

Originale lægemidler er som udgangspunkt beskyttet af et patent i op til 20 år samt omfattet af databeskyttelse af kliniske data i EU i 10 år efter, at leverandøren har opnået markedsføringstilladelse. Når et patent samt databeskyttelsen udløber, har producenter af generiske lægemidler mulighed for at producere og sælge generiske lægemidler, såfremt de har opnået en markedsføringstilladelse.¹⁹¹ Modsat producerer parallelimportører ikke lægemidler, men importerer originale og generiske lægemidler fra medlemsstater med lavere priser.

1.2. Engrosforhandlere

Engrosforhandlere kan inddeles i (i) *grossister*, der køber lægemidler fra leverandører og videresælge disse til primær- og/eller sekundærsektoren samt (ii) *pree-wholesalers*, der udelukkende opbevarer og leverer lægemidler på vegne af leverandørerne. Engrosforhandlere kan både agere som grossist og pree-wholesaler.

Hovedparten af lægemidler i EU distribueres via fuldsortimentsgrossister (distribuerer alle lægemidler godkendt i en medlemsstat). I 2015 stod fuldsortimentsgrossister, således for distribution af trefjerde af alle lægemidler i EU. 93,3 pro-

¹⁹¹ Faull, Jonathan & Ali Nikpay (2014). The EU Law of Competition. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, s. 1870-71

cent blev distribueret til apoteker, 5,5 procent til hospitaler og 1,3 procent til lægeklinikker og detailhandelen¹⁹². Endvidere distribueres lægemidler af grossister med begrænset sortiment samt direkte af leverandørerne (direct-sale)¹⁹³. Reglerne om engroshandel af lægemidler er reguleret i lægemiddeldirektivets, afsnit syv¹⁹⁴.

2. Prisdannelsen på lægemidler

Regulering af priserne på lægemidler i EU er et nationalt anliggende¹⁹⁵. Niveaueet samt metoden til brug for regulering af priserne på lægemidler varierer således fra medlemsstat til medlemsstat. Dette gælder ligeledes reguleringen internt i medlemsstaterne, hvor både niveau og metode blandt andet varierer af hvilket omsætningsled, der reguleres, om lægemidlerne distribueres til primær- eller sekundærsektoren, om lægemidlerne er patenterede eller generiske, om lægemidlerne er receptpligtige eller kan sælges i håndkøb, herunder om disse udelukkende kan sælges på apoteker eller sælges på et liberaliseret marked, samt om lægemidlerne er omfattet af offentlige tilskudsordninger.¹⁹⁶ I primærsektoren er priserne på receptpligtige lægemidler som udgangspunkt kontrolleret af de nationale myndigheder og reguleres overvejende ved fastsættelsen af maksimum priser på leverandørniveau¹⁹⁷. Fri prisdannelse på lægemidler anvendes således kun i et begrænset omfang i EU. Endvidere reguleres priserne på lægemidler i samtlige medlemsstater indirekte via blandt andet lovbestemte rabatordninger, offentlige tilskudssystemer,

¹⁹² Walter, Evelyn & Alexander Lazic-Peric (2017). *Distribution profile and efficiency of the European pharmaceutical full-line wholesaling sector*. Vienna: Institute for Pharmacoeconomic Research, 2017, s. 4

¹⁹³ Ibid., s. 7

¹⁹⁴ Direktiv 2001/83/EF af 6. november 2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler

¹⁹⁵ Dyekjær, Karen & Mikkel Vittrup (2017). *Life science jura – Med fokus på medicin- og medicoindustrierne*. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017, s. 95 – Medlemsstaterne er dog underlagt reglerne i *Rådets direktiv af 21. december 1988 om gennemsigthed i prisbestemmelserne for lægemidler til mennesker og disse lægemidlers inddragelse under de nationale sygesikringsordninger*, der blandt andet fastsætter, at medlemsstaterne skal påse, at der inden 90 dage efter modtagelsen af en markedsføringsansøgning træffes beslutning om prisen på det pågældende lægemiddel, samt at medlemsstaterne skal give ansøgeren en begrundelse for beslutningen herom.

¹⁹⁶ Panteli, Dimitra; Francis Arickx; Irina Cleemput Guillaume Dedet; Helene Eckhardt; Emer Fogarty Sophie Gerkens; Cornelia Henschke m.fl. (2016). *Pharmaceutical regulation in 15 European countries - Review*. The European Observatory on Health Systems and Policies in Transition Vol. 18 No. 5, s 27-37

¹⁹⁷ Vogler, Sabine & Jaana E. Martikainen (2015). *Pharmaceutical Prices in Europe*, chapter 19 I: Babar, Zaheer-Ud-Din (Ed.) *Pharmaceutical Prices in the 21st Century*. Switzerland: Springer International Publishing, s. 352

generiske substitutionsordninger og forhandlinger mellem leverandører/grossister og nationale myndigheder)¹⁹⁸. Priserne på håndkøbslæge-midler reguleres som udgangspunkt ikke i medlemsstaterne¹⁹⁹.

Modsat medlemsstaternes regulering af priserne på lægemidler i primærsektoren er medlemsstaternes regulering i sekundærsektoren i højere grad præget af fri prisdannelse²⁰⁰. Endvidere reguleres priserne på lægemidler i sekundærsektoren primært via udbud eller direkte forhandlinger mellem leverandørerne/grossisterne og hospitalerne²⁰¹. Den lavere grad af regulering i sekundærsektoren kommer ligeledes til udtryk i reguleringen af rabatter, hvor der i primærsektoren hovedsageligt foreligger forbud mod (f.eks. Danmark²⁰² og Tyskland) eller begrænsninger i (f.eks. Frankrig²⁰³) at give rabatter til apotekerne, er dette ikke tilfældet for sekundærsektoren, hvorfor hospitalerne via udbud og direkte forhandlinger typisk opnår rabatter og dermed markant lavere priser end i primærsektoren²⁰⁴.

Uanset, at medlemsstaternes regulering af priserne på lægemidler ikke er harmoniseret og varierer både eksternt og internt i medlemsstaterne, fastsætter og/eller forhandler medlemsstaterne primært priserne på lægemidler ved brug af (i) inter-

¹⁹⁸ Panteli, Dimitra; Francis Arickx; Irina Cleemput Guillaume Dedet; Helene Eckhardt; Emer Fogarty Sophie Gerkens; Cornelia Henschke m.fl. (2016). *Pharmaceutical regulation in 15 European countries - Review*. The European Observatory on Health Systems and Policies in Transition Vol. 18 No. 5, s 27

¹⁹⁹ Vogler, Sabine & Jaana E. Martikainen (2015). *Pharmaceutical Prices in Europe*, chapter 19 I: Babar, Zaheer-Ud-Din (Ed.) *Pharmaceutical Prices in the 21st Century*. Switzerland: Springer International Publishing, s. 352

²⁰⁰ Der føres dog priskontrol med en række dyre lægemidler i flere af medlemsstaterne, jf. Paris, V and A, Belloni (2013). *Value in Pharmaceutical Pricing*. OECD Health Working Papers, No. 63, OECD Publishing, Paris.

²⁰¹ Udbud og forhandlinger foretages som udgangspunkt decentralt. I nogle lande er indkøbene dog centraliseret (i DK via Regionernes Lægemeddelorganisation, Amgros), jf. Vogler, Sabine & Jaana E. Martikainen (2015). *Pharmaceutical Prices in Europe*, chapter 19 I: Babar, Zaheer-Ud-Din (Ed.) *Pharmaceutical Prices in the 21st Century*. Switzerland: Springer International Publishing, s. 357

²⁰² Der er dog ikke forbud mod omkostningsbaserede rabatter, jf. Lægemeddeloven, § 71 b og Bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 om reklamer og sponsoring m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber, kapitel 9. LIF har ved flere lejligheder udtalt, at systemet med lovlige omkostningsbestemte rabatter er vanskeligt for medlemmerne at administrere, jf. Dyekjær, Karen & Mikkel Vittrup (2017). *Life science jura – Med fokus på medicin- og medicoindustrierne*. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017, s. 99.

²⁰³ Apotekerne kan højst opnå rabatter på 2,5 procent på tilskudsberettigede originale lægemidler samt 17 procent på tilskudsberettigede, generiske lægemidler.

²⁰⁴ Dyekjær, Karen & Mikkel Vittrup (2017). *Life science jura – Med fokus på medicin- og medicoindustrierne*. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017, s. 99.

nationale referencepriser, (ii) interne referencepriser samt (iii) værdibaseret prisdannelser.²⁰⁵ Endvidere påvirkes prisen på lægemidler i både primær- og sekundærsektoren ligeledes af medlemsstaternes opkrævning af moms, der varierer fra nul procent på receptpligtige lægemidler i Sverige og Storbritannien til 25 procent på alle lægemidler i Danmark. Som udgangspunkt er momsen på lægemidler lave (med undtagelse af Danmark, Bulgarien og Tyskland) end den sædvanlige momssats i medlemsstaterne.²⁰⁶

4. Konkurrenceretlig regulering af priser på lægemidler

1. Nationale afgørelser

De nationale konkurrencemyndigheders fokus på anvendelsen af konkurrenceretten til regulering af priserne på lægemidler er i de seneste år steget markant. Både i Storbritannien, Italien og Danmark har konkurrencemyndighederne således i de seneste to år anvendt konkurrenceretten til at regulere priserne på en række lægemidler.²⁰⁷ Endvidere har konkurrencemyndighederne i Storbritannien og i Holland igangværende undersøgelser vedrørende lægemiddelvirkningsheds anvendelse af urimeligt høje priser.²⁰⁸ Yderligere har Kommissionen en igangværende under-

²⁰⁵ WHO Europe (2015). *Access to new medicines in Europe: technical review of policy initiatives and opportunities for collaboration and research*. Copenhagen Ø: WHO Regional Office for Europe, s. 58-64

²⁰⁶ Taxud.c.1(2018) – EN: VAT rates applied in the Member States of the European Union, 2018

²⁰⁷ Se: Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharms prissætning af Syntocinon, A480 – Price increase of Aspen's Drugs samt Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK

²⁰⁸ Autoriteit Consument & Markt: ACM start sectoronderzoek reumagenesmiddelen, 2018, CMA: Liothyronine tablets: suspected excessive and unfair pricing, 2016 og CMA: Pharmaceutical company accused of overcharging NHS (Actavis), 2016

søgelse af Aspen Pharmas priser på fem kræftlægemidler.²⁰⁹ I nærværende kapitel undersøges afgørelserne afsagt af henholdsvis den engelske, italienske og danske konkurrencemyndig samt ligeledes eventuelle appellerede afgørelser.

1.1. Napp

I 2001 fandt den daværende engelske konkurrencemyndighed *the Office of Fair Trading* (OFT), at Napp Pharmaceutical Holdings havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med the Competition Act 1998, afsnit 18(2)(a)²¹⁰ ved at opkræve urimeligt høje priser på morfinpræparatet MST CONTINUS (MST) i primærsektoren.²¹¹ MST var i perioden 1980-1992 patenteret og var frem til 1991 det eneste orale morfinpræparat, designet til at frigive morfin langsomt og kontinuerligt, udbudt på det engelske marked. På tidspunktet for afgørelsen udbød to konkurrerende virksomheder sammenlignelige morfinpræparater. Napp havde dog på trods af de konkurrerende virksomheder en markedsandel på 96 procent i primærsektoren. Endvidere havde prisen på MST været stabil siden lanceringen – uanset udløbet af patentet samt indtrædelsen af de konkurrerende virksomheder på det engelske marked.

I OFT's undersøgelse af Napps priser på MST fandt OFT, at en pris er urimelig høj i strid med The Competition Act, section 18(2)(a):

*"If it is above that which would exist in a competitive market and where it is clear that high profits will not stimulate successful new entry within a reasonable period. Therefore, to show that prices are excessive, it must be demonstrated that (i) prices are higher than would be expected in a competitive market, and (ii) there is no effective competitive pressure to bring them down to competitive levels, nor is there likely to be"*²¹²

I afgørelsen fandt OFT, at vurderingen af, om Napps priser på MST var højere end markedsprisen på et konkurrencepræget marked, kunne foretages på baggrund af benchmarking af Napps profitmargin samt priser:

²⁰⁹ Kommissionen: Antitrust: Commission opens formal investigation into Aspen Pharma's pricing practices for cancer medicines, 2017

²¹⁰ Bestemmelsen er – bortset fra kravet om samhandelspåvirkning – identisk med TEUF artikel 102, litra a. Endvidere følger det af lovens kapitel V, afsnit 60, at bestemmelserne i loven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten uanset om en overtrædelse alene har effekt i Storbritannien, jf.

²¹¹ Case CA98/2/2001 Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd

²¹² Ibid., præmis 203

Benchmarking af Napps profitmargin forbundet med salg af MST i primærsektoren	Profitforskel
Sammenligning med Napps profitmargin forbundet med Napps salg af andre lægemidler.	Over 80 procent højere end profitmarginen opnået ved Napps salg af andre lægemidler (30-50 procent). ²¹³
Sammenligning med Napps næststørste konkurrents profitmargin.	Napps profitmargin var over 80 procent, hvorimod konkurrentens profitmargin var under 70 procent. ²¹⁴
Benchmarking af Napps pris på MST udbudt i primærsektoren	Prisforskel
Sammenligning med Napps historiske priser på MST i primærsektoren	Ingen ændring i prisen i 10 år ²¹⁵ .
Sammenligning med priserne på konkurrerende lægemidler	33-67 procent højere end priserne på konkurrerende lægemidler ²¹⁶ .
Sammenligning med Napps priser på MST i sekundærsektoren.	Over 1000 procent højere på MST med en dosis på 10, 30, 60 og 100 mg. Over 70 procent højere på MST med dosis på 5 mg. ²¹⁷
Sammenligning med Napps priser på MST eksporteret til andre geografiske markeder.	Mellem 100-700 procent højere for MST med en dosis på over 5 mg ²¹⁸ .

²¹³ Case CA98/2/2001 Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd., præmis 223-226

²¹⁴ Ibid., præmis 226-229

²¹⁵ Ibid., præmis 213-216

²¹⁶ Ibid., præmis 207-212

²¹⁷ Ibid., præmis 217-220

²¹⁸ Ibid., præmis 218-219 samt 220-221

På baggrund af ovenstående sammenligninger fandt OFT, at prisen på MST udbudt i primærsektoren var højere end markedsprisen på et konkurrencepræget marked samt endvidere, at der på baggrund af ovenstående sammenligninger hverken forelå eller ville foreligge et effektivt konkurrencepres.²¹⁹ OFT fandt således, at Napp havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for salg af MST i primærsektoren i strid med The Competition Act, section 18(2)(a). Dette blev efterfølgende stadfæstet af Competition Appeal Tribunal (CAT), der fandt at ovenstående metode samt benchmarks kunne anvendes i vurderingen af, om Napp havde opkrævet urimeligt høje priser.²²⁰

I sagen forelagt CAT nedlagde Napp dog to interessante påstande om omkostningerne forbundet med MST, herunder (i) at der ikke kunne foretages en legitim vurdering af, om prisen på MST var urimelig høj, uden en inddragelse af oplysninger om størrelsen på Napps oprindelige investeringer i MTS og det forventede salgsvolumen samt (ii) at det var forkert af OFT ikke at inddrage hele Napps portefølje af lægemidler i vurderingen af Napps omkostninger.²²¹

I CAT's behandling af Napps første påstand, fandt CAT dog at:

*"...Napp's original investment in MST was made in the early 1980s in launching and promoting a product which, at the time, represented an important innovation. Napp has provided no figures as to what that initial investment was. In the absence of any indication to the contrary, we would expect that initial investment to have been recouped long ago..."*²²²

CAT anerkendte således, at MST på tidspunktet for lanceringen i 80'erne var betydelig innovativ samt at der var forbundet en række investeringer herved. Det må således udledes af ovenstående, at såfremt Napp kunne bevise, at de på tidspunktet for afgørelsen ikke havde dækket disse investeringer, ville dette kunne inddrages i beregningen af omkostningerne. Der må dog stilles spørgsmålstegn til, hvordan Napp - eller andre lægemiddelvirksomheder - skal kunne bevise dette, idet virksomhederne som udgangspunkt alene opgør deres omkostninger til brug for opfyldelsen af finansielle og skattemæssige krav, hvilket ikke inkluderer samtlige omkostninger forbundet med R&D.²²³

²¹⁹ Case CA98/2/2001 Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd, præmis 231-234

²²⁰ Case no. 1001/1/1/01 – Napp Pharmaceutical Holding Limited and Subsidiaries mod Director of General of Fair Trading, præmis

²²¹ Case no. 1001/1/1/01 – Napp Pharmaceutical Holding Limited and Subsidiaries mod Director of General of Fair Trading., præmis 406

²²² Ibid., præmis 407

²²³ Motta, Massimo and Alexandre de Streel (2007). Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? I: The Pros and Cons of High Prices. *Konkurrensverket Swedish Compe-*

I Napps anden påstand henviste Napp til, at lægemiddelindustrien er baseret på og afhænger af research og innovation, hvor kun en lille grad af denne research udvikler sig til salgsbarrer lægemidler. Disse lægemidler skal således ikke alene dække omkostningerne hertil, men ligeledes dække omkostningerne forbundet med fejlslåede forsøg. Den konkurrencedygtige pris på lægemidler indeholder derfor foruden omkostningerne forbundet med det pågældende lægemiddel ligeledes omkostningerne forbundet med fejlslåede forsøg samt fremtidige forsøg.²²⁴

CAT var dog uenig heri:

*"in our view, it is not appropriate, when deciding whether an undertaking has abused a dominant position by charging excessive prices in a particular market to take into account the reasonableness or otherwise of its profits on other, unspecified, markets comprised in some wider but undefined 'portfolio' unrelated to the market in which dominance exists."*²²⁵

1.2. Aspen Pharma

I september 2016 fandt den italienske konkurrencemyndighed *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), at Aspen Pharma havde misbrugt sin dominerende stilling ved i forbindelse med prisforhandlinger med den italienske lægemiddelstyrelse, *Agenzia Italiana del Farmaco*, at kræve urimeligt høje priser på fem essentielle kræftlægemidler i strid med TEUF artikel 102, litra a. samt the Italian Competition Bill no. 287/1990.²²⁶ Ifølge AGCM fandt misbruget sted, idet Aspen Pharma i forbindelse med forhandlingerne med den italienske lægemiddelstyrelse om tilskudspriser på lægemidlerne i 2013 opkrævede prisstigninger på mellem 300-1500 procent.²²⁷

I sagen fandt AGCM, at metoden anlagt i United Brands skulle anvendes i vurderingen af Aspen Pharmas priser.²²⁸ Vurderingen af Aspen Pharmas profitmargin forbundet med lægemidlerne blev endvidere vurderet på baggrund af cost-plus

tition Authority. Stockholm 2007, s. 133 samt Geradin, Damien (2009) *The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities - A View from Europe*. *Tilburg University Legal Studies Working Paper*, s. 7-8

²²⁴ Case no. 1001/1/1/01 – Napp Pharmaceutical Holding Limited and Subsidiaries mod Director of General of Fair Trading., præmis 356

²²⁵ Case no. 1001/1/1/01 – Napp Pharmaceutical Holding Limited and Subsidiaries mod Director of General of Fair Trading., præmis 413

²²⁶ A480 – Price increase of Aspen's Drugs

²²⁷ Ibid., præmis 2-4 – Den italienske artikel om forbud mod misbrug af dominerende stilling er identisk med TEUF artikel 102. Endvidere følger det af lovens artikel 1, at loven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

²²⁸ A480 – Price increase of Aspen's Drugs, præmis 131

metoden,²²⁹ hvorefter AGCM fandt, at benchmarkingprofitten – ved en sammenligning med de to største generiske lægemiddelvirksomheder på verdensplan – skulle fastlægges til 13 procent.²³⁰

1. betingelse i United Brands – Forholdet mellem pris og omkostninger	Profitforskel	
Beregning af profitmargin.	Purinethol: 300-350 % Leukeran: 300-350 % Alkeran: 350-400 % Tioguanina: 100-150 % ²³¹	
2. betingelse i United Brands – urimelig i sig selv	Prisforskel	
Sammenligning er Aspen Pharmas profitmargin før og efter forhandlingerne	Før ²³²	Efter ²³³
	Purinethol: 70-80 % Leukeran: -20(-10) % Alkeran: 20-30 % Tioguanina: -5-0 %	Purinethol: 300-350 % Leukeran: 300-350 % Alkeran: 350-400 % Tioguanina: 100-150 %

På baggrund resultaterne af AGCMs undersøgelser af Aspen Pharmas profitmargin før og efter forhandlingerne samt vurderingen af, at benchmarkingprofitten skulle fastlægges til 13 procent, fandt AGCM endvidere, at profitmarginerne på lægemidlerne Purinethol samt Alkeran allerede inden forhandlingerne var høje.²³⁴

Endvidere fandt AGCM, at det var i overensstemmelse med EU-retspraksis at vurdere, at Aspen Pharmas prisstigning på 300-1500 procent var urimelige, idet EU-

²²⁹ Ibid., præmis 138

²³⁰ Ibid., præmis 182

²³¹ ibid

²³² A480 – Price increase of Aspen's Drugs, præmis 184

²³³ ibid

²³⁴ A480 – Price increase of Aspen's Drugs, præmis 184

Domstolen i *British Leyland* fandt, at en prisstigning på 500 procent var urimelig høj.²³⁵ Denne antagelse synes dog ikke at være korrekt, idet der ikke anses at være sammenhæng mellem afgørelserne på dette punkt. Vurderingen af, om en pris er urimelig høj, afhænger ikke af, om en konkret prisstigning er høj, men derimod om prisen står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den præsterede vare.²³⁶

I undersøgelsen af, om der forelå andre non-cost faktorer, der skulle inddrages i vurderingen, fandt AGCM: (i) at forbrugernes villighed til at betale ikke kunne medtages i vurderingen, idet lægemidlerne var klassificeret som essentielle samt livsredende. Det var således AGCMs overbevisning, at forbrugerne ville betale for lægemidlerne uanset pris²³⁷ samt (ii) at Aspen Pharmas investering i varemærket bag lægemidlerne var inkluderet i beregningen af Aspen Pharmas indirekte omkostninger.²³⁸ Særlig interessant antydes det i afgørelsens præmis 348 – i modsætnings CAT's afgørelse i Napp-sagen – at investeringer i R&D for andre produkter kan medtages i vurderingen af et lægemiddels økonomiske værdi, når lægemiddelvirkomheder har foretaget investeringer heri:

*"Moreover, the opinion concerning the unfairness of prices applied by Aspen cannot disregard the consideration of Aspen's mission and the strategy carried out for purchasing the product portfolio under exam also in other European countries. As mentioned, Aspen is a pharmaceutical group mainly active in the distribution of generic drugs, as well as trademark drugs developed by other companies. Research and development activities do not characterise the group (cf. § 195). With reference to the products object of these proceedings, with a patent expired decades ago, Aspen does not invest in research and development, nor medical-scientific promotion, as expressly stated by Aspen itself. This circumstance excludes the possibility to consider the application of a pricing aimed at recovering possible investments (for the development of the same or other products)"*²³⁹

1.3. Pfizer/Flynn Pharma

I december 2016 fandt den engelske konkurrencemyndighed *Competition Market Authority* (CMA), at lægemiddelvirkomhederne Pfizer og Flynn Pharma i samme sag havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet for henholdsvis produktion og distribution af phenytoin sodium (anti-epilepsi lægemiddel) i Storbritannien ved anvendelsen af urimeligt høje priser i strid med the Competition Act,

²³⁵ Ibid., præmis 327

²³⁶ Ibid., præmis 12

²³⁷ Ibid., præmis 346

²³⁸ Ibid., præmis 185

²³⁹ A480 – Price increase of Aspen's Drugs., præmis 348

section 18(2)(a) samt TEUF artikel 102, litra a.²⁴⁰ Ifølge CMA begyndte misbruget i september 2012, hvor prisen på lægemidlet steg fra £2,83 til £67,50 pr. pakke i forbindelse med Flynn Pharmas debranding af lægemidlet efter Pfizers salg af den engelske markedsføringstilladelse til Flynn Pharma. Pfizer fortsatte dog med at producere lægemidlet til Flynn Pharma samt ligeledes at distribuere dette til resten af EU. Salget af markedsføringstilladelsen til Flynn Pharma samt debrandingen betød, at lægemidlet ikke længere blev anset som et originalt lægemiddel, men derimod som et generisk lægemiddel og derfor ikke længere underlagt den engelske prisregulering PPRS²⁴¹. Som følge af dette steg både Pfizers salgspriser til Flynn Pharma samt Flynn Pharmas salgspriser til NHS²⁴².

I afgørelsen anvendte CMA metoden anlagt i *United Brands*. CMA foretog således en vurdering af (i) hvorvidt henholdsvis Flynn Pharmas og Pfizers profitmargin var urimelig høj samt (ii) hvorvidt virksomhedernes priser i sig selv var urimelige, idet CMA ikke fandt, at der kunne foretages en sammenligning med konkurrerende varer, da CMA anså lægemidlet som essentielt og ikke substituerbart for de 48.000 patienter i Storbritannien.

Første led i vurderingen blev foretaget på baggrund af en cost-plus-metode, hvorefter CMA foretog en undersøgelse af priserne anvendt af Pfizers og Flynn Pharma og sammenlignede disse med virksomhedernes direkte og indirekte omkostninger forbundet med produktion og distributionen af lægemidlet plus en teoretisk benchmarkingprofit på seks procent.²⁴³ På baggrund heraf fandt CMA, at priserne anvendt af henholdsvis Flynn Pharma og Pfizer oversteg deres respektive omkostninger plus en profit på seks procent med mellem 29 og 705 procent, hvorved priserne var urimelig. CMA henviste hertil til Kommissionens afgørelse i *Deutsche Post II*, hvor Kommissionen havde fundet, at Deutsche Post havde anvendt urimeligt høje priser på distribution af overskridende post ved at anvende en pris, der oversteg omkostningerne samt en teoretisk profit med 25 procent.²⁴⁴ Da dette ligeledes var tilfældet i den konkrete afgørelse, fandt CMA således, at det var bevist, at profitmarginerne var urimelige.

²⁴⁰ Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK

²⁴¹ Der føres indirekte priskontrol på alle receptpligtige, originale lægemidler via et frivillige profitkontrollsystem, der er baseret på kontrol med leverandørernes profiler og fastfryser priserne i fem år. Indtræder leverandørerne ikke i systemet, har National Health Service (NHS) mandat til at foretage priskontrol, jf. The Pharmaceutical Price Regulation Scheme 2014.

²⁴² National Health Service – Nationalt sundhedsvæsen i Storbritannien

²⁴³ Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK., præmis 5.78-5.112 samt 5.154-5.212

²⁴⁴ COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG, præmis 162 samt 166-167

Ovenstående henvisning til Kommissionens afgørelse i *Deutsche Post II*, synes interessant, idet spørgsmålet om, hvornår en pris eller profitmargin er urimelig høj, ikke kan besvares entydigt og afhænger af de konkrete omstændigheder i den enkelte sag, herunder markedsforholdene på de enkelte markeder. Henvisningen til *Deutsche Post II* må således anses for ikke at kunne have en reel betydning for, hvorvidt Pfizer og Flynn Pharma profitmarginer var urimeligt høje.

I CMA's vurdering af *United Brands* anden betingelse, herunder om priserne var urimelige i sig selv, fandt CMA, at alene resultatet af ovenstående cost-plus beregning skulle medtages i vurderingen af lægemidlets økonomiske værdi, idet CMA fandt, at der i den konkrete sag ikke var sket en ændring i lægemidlet efter "debrandingen", hvorfor der ikke skulle medtages relevante non-cost faktorer i vurderingen af lægemidlets økonomiske værdi.²⁴⁵ Endvidere fandt CMA, at der efter anden betingelse anlagt i *United Brands*, alene skal foretages en undersøgelse af, om en pris er urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer. Da CMA havde fundet, at priserne var urimelig i sig selv, var det således ikke nødvendigt at foretage en undersøgelse af, om priserne var urimelig i forhold til konkurrerende varer.²⁴⁶

CMA fandt således, at priserne anvendt af Pfizer og Flynn Pharma var urimeligt høje i strid med the Competition Act, section 18(2)(a) samt TEUF artikel 102, litra a, idet CMA lagde vægt på, at priserne oversteg omkostningerne, den anvendte benchmarkingprofit på seks procent, at lægemidlet tidligere var solgt af Pfizer til en væsentlig lavere pris og en prisstigning ikke var en konsekvens af øgede omkostninger, investering eller risici.

²⁴⁵ Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK, præmis 5.261

²⁴⁶ Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK, præmis 5.477

1. betingelse i United Brands – Forholdet mellem pris og omkostninger	Flynn Pharma	Pfizer
Cost-plus metode	Flynn Pharmas priser oversteg omkostningerne plus en profit på seks procent med mindst 133 procent 25 mg, 70 procent for 50 mg, 31 procent for 100 mg og 36 procent for 300 mg. ²⁴⁷	Pfizers priser oversteg omkostningerne plus en profit på seks procent med mindst 29 procent for 25 mg, 100 procent for 50 mg, 705 procent for 100 mg. samt 690 procent for 300 mg ²⁴⁸ .
2. betingelse i United Brands – urimelig i sig selv	Flynn Pharma	Pfizer
Sammenligning med historiske priser	Flynn Pharmas priser var mellem 5 og 11 gange højere end priserne før 2012 ²⁴⁹ .	n/a
Sammenligning med Pfizer priser i andre medlemsstater (100 mg)²⁵⁰	Flynn Pharmas pris i UK: £11-£20,99	Pfizers priser i andre medlemsstater: Belgien: £3-£5,99 Grækenland: £1-£2,99 Irland: £3-£5,99 Spanien: £1-£2,99 Sverige: £6-£8,99

Uanset, at ovenstående anvendelse af metoden anlagt i *United Brands*, synes at være i overensstemmelse med EU-retspraksis, anses afgørelsens udfald dog at være afgjort på baggrund af en "usikker" vurdering af Pfizers og Flynn Pharmas

²⁴⁷ I Case CE/9742-13 - Decision of the Competition and Markets Authority Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK, præmis 5.218

²⁴⁸ Ibid., præmis 5.125

²⁴⁹ Ibid., præmis 5.231

²⁵⁰ Ibid., præmis 5.522

omkostninger, der er forbundet med væsentlige usikkerheder. Endvidere kan der stilles spørgsmål ved, om en sammenligning med Pfizers tidligere priser reelt fortæller, om Pfizers og Flynn Pharmas priser er urimeligt høje, idet en prisstigning ikke er ensbetydende med, at prisen bliver urimelig høj – uanset at der ikke foreligger legitime grunde for prisstigningen – samt ligeledes om prissammenligningen på tværs af medlemsstater i den konkrete afgørelse var anvendelig, idet CMA ikke foretog en nærmere vurdering af, om sammenligningen var foretaget på et ensartet grundlag.

Afgørelsen er dog efterfølgende blevet annulleret af CAT, idet CAT den 7. juni 2018²⁵¹ fandt at:

*"The CMA did not correctly apply the legal test for finding that prices were unfair; it did not appropriately consider what was the right economic value for the product at issue; and it did not take sufficient account of the situation of other, comparable, products, in particular of the phenytoin sodium tablet. This means that the CMA's findings on abuse of dominance in this case cannot be upheld."*²⁵²

CAT's annullering af CMA's afgørelse er interessant af flere årsager. For det første fandt CAT, at CMA burde have anvendt andre former for benchmarks i vurderingen. CMA skulle således i vurderingen af United Brands-afgørelsens første betingelse ikke alene have anvendt en cost-plus metode, men burde ligeledes have anvendt flere benchmarks i kombination som foreslået af generaladvokat Wahl i sit forslag til afgørelsen i *AKKA/LAA*.²⁵³ Dette var ligeledes begrundet på baggrund af afgørelsen i *United Brands*:

*"Further, in our judgment, United Brands does not establish that Cost Plus is, in isolation, a sufficient method for establishing the excess if other methods are available and, particularly, if they suggest different results. Moreover, it is clear that an authority cannot simply choose that method of calculating the excess that was most favourable to establishing an infringement, to the exclusion of other methods."*²⁵⁴

Ovenstående anses at være interessant, idet EU-Domstolen i *United Brands* tydeligt fastlægger, at en sammenligning af en virksomheds omkostninger og prisen på den pågældende vare kan demonstrere, at en pris er urimelig efter første betingelse anlagt i *United Brands*.²⁵⁵ Endvidere synes CAT i ovenstående at blande

²⁵¹ Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority

²⁵² Ibid., præmis 4

²⁵³ Ibid., præmis 313

²⁵⁴ Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority, præmis 314

²⁵⁵ C-27/76 – United Brands Company mod Kommissionen, præmis 251

metoden anlagt i United Brands sammen med metoden anlagt i SACEM II og SACEM III, uanset at det blev fastlagt af EU-Domstolen i *AKKA/LAA*, at disse metoder skal anses som alternative.²⁵⁶

CAT fandt i afgørelsen endvidere, at en ifølge CMA acceptabel profitmargin på seks procent var baseret på en teoretisk tilgang om den perfekte konkurrence, hvilket ikke svarer til virkeligheden.²⁵⁷

I vurderingen af United Brands afgørelsens anden betingelsen fandt CAT, i modsætning til CMA, at der skulle foretages en vurdering af, om Pfizers og Flynn Pharmas priser var urimelige i sig selv og i forhold til konkurrerende varer:

*In our view, it cannot be right that an authority can simply ignore a prima facie valid argument that a price is fair under one Alternative and proceed to find an infringement of Article 102 solely on the basis of the other Alternative establishing that prices are unfair. That is not to say that the authority cannot find that there is an infringement where one Alternative demonstrates unfairness and the other does not since it does not need to succeed on both heads. However, the authority must consider whether a prima facie case of fairness under one Alternative undermines the basis for the finding of unfairness under the other Alternative and produce a reasoned basis for determining that the Unfair Limb is satisfied.*²⁵⁸

Uanset at ovenstående anses at være fornuftigt, synes dette dog ikke at kunne bakes op af EU-retspraksis, idet EU-Domstolen i *Scippacercola* direkte fandt, at vurderingen af, om en pris er urimelig i sig selv eller urimelig i forhold til konkurrerende varer skal anses som to alternativer.²⁵⁹ På baggrund af ovenstående antagelse fandt CAT dog, at CMA burde have undersøgt, om Flynn Pharma og Pfizers priser var urimelige i forhold til en konkurrerende generisk lægemiddelforproducent.²⁶⁰

CAT fandt ligeledes, at CMA i deres sammenligning af Flynn Pharmas priser med Pfizers priser i andre medlemsstater burde have undersøgt om der forelå regulatoriske forskelle i medlemsstaterne, der kunne begrunde en prisforskel – dette uanset, at Pfizer ikke bestred prisforskellene. Dette synes at være i overensstemmelse

²⁵⁶ C-177/16 – Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 37-38

²⁵⁷ Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority, præmis 310

²⁵⁸ Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority, præmis 367

²⁵⁹ C-159/08 P - Isabella Scippacercola og Ioannis Terezakis mod Kommissionen, præmis 47

²⁶⁰ Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority, præmis 392

med EU-Domstolens udtalelser i *AKKA/LAA*, hvori EU-Domstolen fandt, at en prissammenligning på tværs af medlemsstater skal foretages på et ensartet grundlag.²⁶¹

Afslutningsvis fandt CAT, at CMA ligeledes ikke havde foretaget en fyldestgørende undersøgelse af lægemidlets økonomiske værdi. CMA burde således inter alia have undersøgt, om der forelå en økonomisk værdi af de "fordele" lægemidlet gav patienterne. Dette må anses at kunne tiltrædes, idet CMA's argument om, at der ikke forelå relevante non-cost faktorer, da lægemidlet var identisk med lægemidlet solgt før prisstigningen, må anses for fejlagtigt- Faktorer i lægemidlets økonomiske værdi er dermed ikke fortabt alene, fordi en prisstigning finder sted.

CAT fandt således på baggrund af ovenstående, at CMA ikke havde bevist, at Flynn Pharma og Pfizer havde anvendt urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a. CMA overvejer dog på tidspunktet for denne afhandling at appellere afgørelsen til The Court of Appeal.²⁶²

1.4. CD Pharma

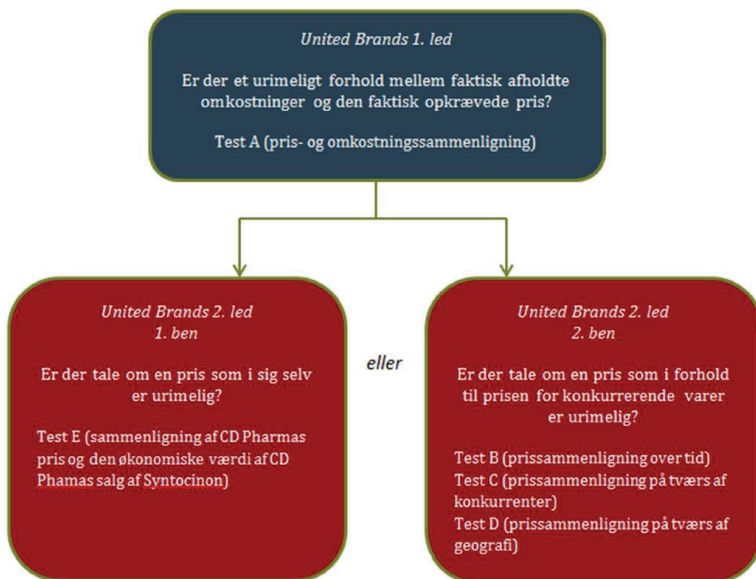
Den seneste afgørelse vedrørende urimeligt høje priser på lægemidler blev afgjort i januar 2018 af det danske konkurrenceråd²⁶³. I afgørelsen fandt Konkurrencerådet, at den svenske lægemiddeldistributør CD Pharma havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for lægemidlet Syntocinon (lægemiddel til ve-stimulation og efterblødninger), idet CD Pharma i en periode på seks måneder hævede prisen med 2000 procent fra 45 kroner til 945 kroner per pakke. Prisstigningen skete som følge af, at CD Pharmas eneste konkurrent på det danske marked få uger forinden meddelte AMGROS, at de var kommet i leveringsvanskeligheder og derfor ikke kunne opfylde den indgåede rammeaftale. AMGROS var således tvunget til at indkøbe lægemidlet af CD Pharma til i alt seks millioner kroner mere end værdien af den indgåede rammeaftale med den konkurrerende paralleldistributør Orifarm.

I afgørelsen henviste Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) til metoden anlagt i *United Brands* og fandt på baggrund heraf, at der skulle foretages fem benchmarks, idet KFST fandt, at der skulle foretages en vurdering af, om prisen var urimelig i sig selv og en vurdering af, om prisen var urimelig i forhold til konkurrerende varer, jf. nedenstående figur:

²⁶¹ Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, prēmīs 38-41

²⁶² CMA: CMA considers appeal in phenytoin case, 2018

²⁶³ Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharmas prissætning af Syntocinon



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

I vurderingen af "1. led" fandt KFST, at der – som ligeledes set i EU-retspraksis – var væsentlige udfordringer forbundet med oplysningerne modtaget af CD Pharma, idet KFST vurderede, at disse var mangelfulde.²⁶⁴ I overensstemmelse med United Brands samt efterfølgende retspraksis foretog KFST således et estimat af CD Pharmas omkostninger samt profitmargin.²⁶⁵ KFST henviser dog i vurderingen til afgørelserne i Napp og den annullerede afgørelse i Pfizer/Flynn Pharma i undersøgelsen af, om den estimerede profitmargin på 80-90 procent er urimelig. Igen må det tydeliggøres, at hvorvidt en pris eller profitmargin er fundet urimelig høj i andre afgørelse, ikke synes at have relevans for den enkelte afgørelse, idet dette afhænger af de konkrete markedsforhold.

I KFST vurdering af, om prisen på lægemidlet er urimelig i forhold til konkurrerende varer, fandt KFST, at det kunne vurderes på baggrund af (i) en sammenligning over tid, (ii) en sammenligning på tværs af konkurrenter samt (iii) en sammenligning på tværs af geografi. Det kan dog undre, at KFST mener, at en sammenligning med lægemidlets priser over tid kan fortælle, hvorvidt prisen er uri-

²⁶⁴ Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharmas prissætning af Syntocinon, præmis 904-907

²⁶⁵ Ibid., præmis 921-1021

melig i forhold til konkurrerende varer, idet det må anses, at resultatet af sammenligningen siger mere om, hvorvidt prisen er urimelig i sig selv end i forhold til konkurrerende varer.

Endvidere synes det bemærkelsesværdigt, at KFST finder, at CD Pharmas profitmargin kan sammenlignes med Orifarms profitmargin, idet Orifarms profitmargin ifølge oplysninger er negativ.²⁶⁶ I Europa-Kommissionens afgørelse i *Port of Helsingborg* fandt Europa-Kommissionen således, at der ikke kunne foretages en sammenligning mellem havnens ydelser til færgetjenester og havnens ydelser til fragtskibe, idet havnens virksomhed vedrørende ydelser til fragtskibe ikke var rentabel.²⁶⁷

Det synes ligeledes interessant, at KFST forinden sammenligningen på tværs af geografiske markeder tager nedenstående forbehold:

*"Denne test er dog forbundet med relativ stor usikkerhed, idet styrelsen ikke er bekendt med fx mekanismerne for prissætning, efterspørgselselasticiteten og leveringsomkostningerne i de øvrige lande, ligesom styrelsen heller ikke er bekendt med, om priserne i de øvrige lande er et retvisende sammenligningsgrundlag."*²⁶⁸

Som følge af ovenstående forbehold kan det undre, at KFST vælger at udføre sammenligningen, idet KFST ikke kan vurdere om sammenligningsgrundlaget er retvisende, hvorved betingelserne anlagt af EU-Domstolen i inter alia *AKKA/LAA* ikke synes at være opfyldt – i.e. sammenligningen synes således ikke at være foretaget på et ensartet grundlag, herunder på baggrund af objektive, passende og verificerbare kriterier²⁶⁹.

På baggrund af ovenstående undersøgelser fandt KFST, at CD Pharma, havde opkrævet urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a samt konkurrenceoven § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1 (se nedenstående skema).

²⁶⁶ Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharmas prissætning af Syntocinon, præmis 1037-1042

²⁶⁷ COMP/A.36.568/D3 – Scanlines Sverige AB v Port of Helsingborg, præmis 179

²⁶⁸ Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharmas prissætning af Syntocinon, præmis 1061

²⁶⁹ C-110/88, C-241/88 og C-242/88, F. Lucazeau mod Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique, præmis 25, C-295/87 Ministère Public mod Tournier, præmis 38 samt i C-177/16 – Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Konkurences padome, præmis 38-41

1. led i United Brands	
Pris- og omkostningsanalyse	Profitmargin: estimeret til 80-90 procent Markup: 500-600 procent
2. led, 2. ben i United Brands	
Prissammenligning over tid	2007-2014: 43-45 kroner 2014: 945 kroner 2014: 225 kroner
Prissammenligning på tværs af konkurrenter	CD Pharmas pris var 2100 procent højere end Orifarms pris på 43 kroner (profitmargin 0-(-10)) CD Pharmas pris var 2.050 procent højere end den tidligere konkurrent Sobis pris på 44 kroner (profitmargin 20-30 procent)
Prissammenligning på tværs af geografi	Fortroligt
2. led, 1. ben i United Brands	
Non-cost faktorer	n/a

2. Hvornår er prisen urimelig høj på lægemidler?

Ovenstående få afgørelser afsagt af konkurrencemyndighederne i henholdsvis Danmark, Italien og Storbritannien synes at kunne bekræfte, at der foreligger særdeles væsentlige usikkerheder i anvendelsen af de enkelte metoder samt benchmarks fastlagt i EU-retspraksis.

I alle ovenstående afgørelser henviser konkurrencemyndighederne således til henholdsvis EU-Domstolen og Kommissionens udtalelser i konkrete afgørelser om, hvornår en profitmargin eller pris i den pågældende sag var urimelig. Vurderingen af om en pris er urimelig høj anses dog ikke at kunne besvares ud fra, at dette var tilfældet i en tidligere afgørelse, idet vurderingen af, om en pris står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den præsterede vare/tjenesteydelse, beror på

en konkret vurdering af den enkelte vare/tjenesteydelse samt de konkrete markedsforhold.

Endvidere synes det bemærkelsesværdigt, at henholdsvis CAT samt Konkurrencerådet i afgørelserne *Pfizer/Flynn Pharma* samt *CD Pharma* anvender en kombination af flere benchmarks i deres vurdering af, om priserne er urimeligt høje, idet dette ikke synes at være i overensstemmelse med EU-retspraksis,²⁷⁰ herunder særligt når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tager forbehold for, at dele af testen muligvis ikke er retvisende.²⁷¹

Når dette dog er sagt, synes CAT's udledning i afgørelsen *Pfizer/Flynn Pharma*, at være fornuftig ud fra en betragtning om virksomhedernes retssikkerhed. For hvordan kan virksomhederne vide, om deres priser er urimelig høje i strid med TEUF artikel 102, litra a, når der mellem konkurrencemyndigheder er så stor en usikkerhed om det selv samme?

*"In our view, it cannot be right that an authority can simply ignore a prima facie valid argument that a price is fair under one Alternative and proceed to find an infringement of Article 102 solely on the basis of the other Alternative establishing that prices are unfair. That is not to say that the authority cannot find that there is an infringement where one Alternative demonstrates unfairness and the other does not since it does not need to succeed on both heads. However, the authority must consider whether a prima facie case of fairness under one Alternative undermines the basis for the finding of unfairness under the other Alternative and produce a reasoned basis for determining that the Unfair Limb is satisfied".*²⁷²

²⁷⁰ Se kapitel III, afsnit 2.4.

²⁷¹ Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018 – CD Pharmas prissætning af Syntocinon, præmis 1061

²⁷² Case Nos: 1275-1276/1/12/17: Flynn Pharma Limited og Flynn Pharma Holding Limited samt Pfizer INC og Pfizer Limited mod Competition and Markets Authority, præmis 367

Konklusion

The million dollar question: Hvornår er priserne på lægemidler urimeligt høje i strid med TEUF artikel 102, litra a? Der synes ikke at kunne gives et entydigt svar herpå. Dette anses ikke alene at være tilfældet for lægemidler, men synes ligeledes at gælde på tværs af sektorer. En gennemgang af afgørelserne vedrørende urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a afsagt af henholdsvis EU-Domstolen, Retten i Første Instans og Kommissionen synes således at være forbundet med en række usikkerheder i forhold til forståelsen af hvilke betingelser, der skal være opfyldt, førend en pris konkurrenceretligt kan anses at være urimelig høj.

Det er dog i teorien og i praksis accepteret, at en pris er urimelig høj i strid med TEUF artikel 102, litra a, såfremt denne ikke står i et rimeligt forhold til den pågældende vare/tjenesteydelses økonomiske værdi. Dette kan endvidere vurderes på baggrund af flere metoder – herunder metoder, der allerede er anvendt i EU-retspraksis, men også nye og ukendte metoder, der måske finder indpas i eventuelle fremtidige afgørelser.

Metoden af størst betydning i praksis og i den teoretiske litteratur er metoden anlagt i *United Brands*. Anvendes denne metode, skal det (i) undersøges, om den opnåede profit forbundet med en pågældende vare/tjenesteydelse er urimelig samt (ii) om prisen er urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer/tjenesteydelser. Anvendes derimod den alternative metode anlagt i *SACEM II* og *SACEM III*, skal det alene undersøges, om prisen er urimelig i forhold til sammenlignelige varer/tjenesteydelser udbudt i andre medlemsstater.

Der er dog i nærværende afhandling fundet en række begrænsninger i anvendelsen af ovenstående metoder samt de enkelte bechmarks heri, der medfører et væsentligt råderum for henholdsvis Kommissionen samt medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheder i vurderingen af, om en pris er urimelig høj i strid med TEUF artikel 102, litra a. Dette anses endvidere at have medført en usikker og ulig retsanvendelse på tværs medlemsstaterne til skade for de enkelte virksomheder.

Selvom konkurrencemyndighederne i EU har flere igangværende undersøgelser vedrørende lægemiddelvirksomheders anvendelse af urimeligt høje priser i strid med TEUF artikel 102, litra a, synes spørgsmålet dog efter ovenstående gennemgang at være, om *the million dollar question* overhovedet kan besvares alene juridisk eller økonomisk, eller om ”svaret” nærmere er rent politisk.

‘The more economic approach’ til artikel 102 TEUF

Mads Evald-Schelde og Jonas Køster Madsen (Juni 2018)

Kommissionen indledte i slutningen af 1990’erne en modernisering af EU-konkurrenceretten, der dels indebar en processuel reformering af administrationen af reglerne gennem skabelsen af en decentraliseret håndhævelse (hvilket kulminerede med forordning 1/2003), dels en reformering af reglernes materielle indhold, hvilket havde til hensigt at modificere EU-konkurrenceretten gennem ’a more economic approach’, hvormed konkurrencereguleringen i højere grad skulle forankres i økonomisk teori og analyse.

Håndhævelsen af artikel 102 er som følge af moderniseringen blevet mere omfattende og kompleks, hvilket eksempelvis ses ved, at Kommissionen må forholde sig til langt større mængder af data, og at dens afgørelser er blevet radikalt længere. Det er imidlertid ikke klart, præcist hvilke materielle ændringer artikel 102 har undergået, selv om moderniseringen nærmer sig en milepæl her snart 10 år efter *Håndhævelsesvejledningen*. Den langsomme udvikling er ikke overraskende henrettet til interne uenigheder i både Kommissionen og EU-Domstolen samt de to institutioner imellem. Ændringerne har således haft svært ved at vinde indpas, og moderniseringen har for hvert andet skridt taget måtte gå ét tilbage.

Vi forsøger med denne artikel at klarlægge, hvilke materielle ændringer, som artikel 102 har undergået som følge af the more economic approach.

Denne udgave af afhandlingen er en forkortet version, hvilket vil sige at nogle afsnit er udeladt og andre er forkortet. Af særlig relevans indeholder den oprindelige version af specialet et afsnit om fortolkningen og anvendelsen af artikel 102 før *Håndhævelsesvejledningen* og et afsnit om *Håndhævelsesvejledningen*. Analyserne af ændringer i fortolkningen og anvendelsen af artikel 102 bærer derfor præg af, at denne version ikke indeholder et afsnit om, hvordan artikel 102 blev anvendt og fortolket tidligere, og om hvordan *Håndhævelsesvejledningen* forsøgte at ændre herpå.

1. Kommissionsafgørelser efter Håndhævelsesvejledningen

Siden offentliggørelsen af *Håndhævelsesvejledningen*¹ har Kommissionen udstedt ni forbudsafgørelser vedrørende artikel 102. Den seneste afgørelse, *Qualcomm*² (2018), er på skrivende tidspunkt ikke offentliggjort og vil derfor ikke blive behandlet.³

En af afgørelserne, *Intel*⁴ (2009), vedrørte dels rabatter dels naked restraints. Rabatterne blev ydet til fire OEM'er på betingelse af, at de udelukkende (eller i alt overvejende grad) anskaffede deres cpu'er hos Intel. Desuden betalte Intel en forhandler for udelukkende at forhandle pc'er med Intel-cpu'er.

Tre af afgørelserne vedrørte leveringsnægtelse. I *Telekomunikacja Polska* (2011) nægtede et teleskab at give adgang til sine såkaldte BSA- og LLU-produkter på engrosmarkedet for bredbåndsadgang.⁵ I *Slovak Telekom*⁶ (2014) nægtede et andet teleselskab ligeledes at give adgang til sine abonnentledninger gennem fastsættelse af urimelige betingelser og vilkår. I *ARA*⁷ (2016) nægtede en indsamlingsvirksomhed at give potentielle konkurrenter adgang til sin infrastruktur for ind-

¹ 'Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', 24. februar 2009, EUT 2009/C 45/02.

² "*Qualcomm*": Kommissionens afgørelse af 25. januar 2018 i sag AT.40220 – Qualcomm (exclusivity payments).

³ Afhandlingen blev indgivet i juli 2018, hvor *Qualcomm* endnu ikke var offentliggjort. Hvor relevante elementer kan udledes af Kommissionens pressemeddelelse om afgørelsen, vil afgørelsen blive inddraget.

⁴ "*Intel (Kom)*": Kommissionens afgørelse af 13. maj 2009 i sag COMP/C-3/37.990 – Intel.

⁵ "*Telekomunikacja Polska*": Kommissionens beslutning af 22. juni 2011 i sag COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska. Selskabet i sagen havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af bredbåndsadgang (BSA-markedet), engrosmarkedet for adgang til fysisk netinfrastruktur på et fast sted (LLU-markedet) og det foreliggende downstream massemarked for standard-bredbåndsprodukter.

⁶ "*Slovak Telekom*": Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39523 – Slovak Telekom.

⁷ "*ARA*": Kommissionens afgørelse af 20. september 2016 i sag AT.39759 – ARAs udelukkelse.

samling af husholdningsaffald ved at opstille adgangsbetingelser og -begrænsninger. Særegent for *ARA* var, at virksomheden anerkendte overtrædelsen gennem en samarbejdsanmodning.

*Motorola*⁸ (2014) vedrørte en (ny) afart af leveringsnægtelse, hvor virksomheden håndhævede et patentforbud på grundlag af et standard essential patent for en GPRS-standard, selv om virksomheden havde forpligtet sig til at meddele licens til det på FRAND-vilkår.

Slovak Telekom vedrørte udover leveringsnægtelse også margin squeeze udøvet gennem høje priser for engrosadgang på bredbåndsmarkedet for detailkunder.

To af afgørelserne, *OPCOM*⁹ og *Google*¹⁰, vedrørte diskrimination. I *OPCOM* (2014) diskriminerende en elbørs sine kunder på baggrund af etableringssted og nationalitet,¹¹ idet den krævede at de skulle være momsregistreret i Rumænien for at få adgang til el-spotmarkederne, selv hvis de var momsregistreret i en anden EU-medlemsstat. I *Google* (2017) udøvede virksomheden diskrimination ved at placere og vise sin egen prissammenligningstjeneste mere gunstigt end konkurrerende virksomheders på sine sider med generelle søgetjenester.

*Baltic Rail*¹² (2017) vedrørte et jernbaneselskabs fjernelse af spor fra Litauen til grænsen til Letland med henblik på at forhindre konkurrerende jernbaneselskaber fra Letland i at komme ind på det litauiske marked, herunder for transport til et olieraffinaderi. Adfærden kan klassificeres som en såkaldt 'non-market strategy'¹³ til skade for det indre marked.

Analysen af afgørelserne vil beskæftige sig med: (i) om og hvordan *Håndhævelsesvejledningen* inddrages, (ii) dominansvurderingen, (iii) misbrugsvurderingen, herunder (iv) relevansen af skade på forbrugervelfærden, samt endeligt (v) effektivitetsgevinster. Afvisningsafgørelser vil også blive inddraget i forhold til dominansvurderingen. Selv om *OPCOM*, *Google* og *Baltic Rail* ikke falder inden for

⁸ "*Motorola*": Kommissionens afgørelse af 29. april 2014 i sag AT.39985 – *Motorola* – Enforcement of GPRS Standard Essential Patents.

⁹ "*OPCOM*": Kommissionens afgørelse af 5. marts 2014 i sag AT.39984 – *OPCOM/Romanian Power Exchange*.

¹⁰ "*Google*": Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

¹¹ *OPCOM*, pkt. 319-320.

¹² "*Baltic Rail*": Kommissionens afgørelse af 2. oktober 2017 i sag AT.39813 – *Baltic Rail*.

¹³ Det vil sige misbrug, der ikke relaterer sig til selve markedet. Andre eksempler herpå er 'vexatious litigation' og patentmisbrug som i *AstraZeneca*.

de behandlede adfærdstyper, der bruges til besvarelse af afhandlingens problemstilling, behandles de i det omfang de er relevante for afhandlingens tværgående spørgsmål.

1.1 Inddragelse af Håndhævelsesvejledningen

Kommissionen henviste til *Håndhævelsesvejledningen* i tre af sine første fire afgørelser efter vejledningens offentliggørelse, hvilket den gjorde ved at påpege, at afgørelserne udgjorde en håndhævelsesprioritet i henhold til vejledningen. Kommissionen angav i *Intel*, som blev indledt og efterforsket inden vejledningen,¹⁴ at vejledningen af denne grund ikke fandt anvendelse. Ikke desto mindre udtalte den også, at afgørelsen var i overensstemmelse med vejledningens prioriteringer.¹⁵ I *Telekomunikacja Polska* henviste Kommissionen til, at sagen var en håndhævelsesprioritet, såfremt en række betingelser var opfyldt, herunder hvis adfærden medførte skade på forbrugervelfærden, hvorefter den undersøgte betingelsernes opfyldelse.¹⁶ Desuden henviste den til vejledningen vedrørende virksomhedens mulighed for at retfærdiggøre misbrug.¹⁷ I *Motorola* udtalte Kommissionen, at afgørelsen levede op til vejledningens håndhævelsesprioriteringer.¹⁸

Kommissionen har i to øvrige afgørelser henvist til *Håndhævelsesvejledningen*, men ikke for at vise at afgørelserne var i overensstemmelse med vejledningens prioriteringer. I *Slovak Telekom* henviste den således alene til vejledningen i forbindelse med gennemførelsen af margin squeeze-testen,¹⁹ og i *Baltic Rail* henvistes til vejledningen vedrørende virksomhedens mulighed for at retfærdiggøre sin adfærd.²⁰ I de resterende tre afgørelser, *OPCOM*, *ARA* og *Google*, henviste Kommissionen ikke til vejledningen.

Håndhævelsesvejledningens inddragelse og anvendelse ses således ikke at have spillet nogen eksplicit rolle i Kommissionens praksis.²¹ Henvisninger til vejledningen er primært sket umiddelbart efter dens offentliggørelse. Betydende har

¹⁴ Kommissionen fremsendte Statement of Objections til virksomheden den 27. juli 2007.

¹⁵ *Intel (Kom)*, pkt. 916.

¹⁶ *Telekommunikacja Polska*, pkt. 131 og 703.

¹⁷ *Ibid.*, pkt. 874, fodnote 1221.

¹⁸ *Motorola*, fodnote 4.

¹⁹ *Slovak Telekom*, fodnote 1359 og 1389.

²⁰ *Baltic Rail*, fodnote 301.

²¹ Se desuden Parcu, P.L. et al. (eds.), *Abuse of Dominance in EU Competition Law: Emerging Trends* (Edward Elgar Publishing: 2017), s. 41 f., og Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 155, vedrørende *Intel*, *Telekomunikacja Polska*, *OPCOM* og *Motorola*.

vejledningen desuden ikke figureret i Kommissionens afvisningsafgørelser, selv hvis sagen er blevet afvist som følge af, at den ikke udgjorde en prioritet. Det ville i disse tilfælde have været oplagt at inddrage vejledningen.²²

1.2 Dominansvurderingen

Kommissionens dominansvurdering i afgørelserne består almindeligvis indholdsmæssigt af to dele: først en gengivelse af de generelle principper for dominansvurderingen og derefter en vurdering af dominans i den konkrete sag. Enkelte af afgørelserne udtrykker dog også generelle betragtninger som led i vurderingen.

1.2.1 Generelle principper

I samtlige afgørelser indledte Kommissionen med at gengive den traditionelle definition af dominans.²³ Kommissionen udtalte endvidere i *Intel*, *Motorola*, *Slovak Telekom*, *ARA* og *Google*, at høje markedsandele i sig selv kan udgøre bevis for dominans, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. *Intel*, *Slovak Telekom* og *Google* gentog derudover AKZO-formodningen, samt at markedsandele på 70-80 % er en klar indikator for dominans.²⁴ Dette er i overensstemmelse med tidligere retspraksis, mens det står i modsætning til *Håndhævelsesvejledningens* nedtoning af betydningen af markedsandele. Alle fem afgørelser påpegede dog også, at andre faktorer end markedsandele har betydning, herunder særligt adgangs- og ekspansionsbarrierer.²⁵

I fem af afgørelserne, *Intel*, *Telekomunikacja Polska*, *Slovak Telekom*, *ARA* og *Baltic Rail*, udledte Kommissionen af *Hoffman-La Roche*, at dominans forudsætter markedsstyrke.²⁶ Kommissionens praksis har således også anvendt vejledningens markedsstyrkebegreb, der ikke er anvendt i tidligere retspraksis.

²² Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 155.

²³ *Intel (Kom)*, pkt. 838, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 640, *OPCOM*, pkt. 114, *Motorola*, pkt. 221, *Slovak Telekom*, pkt. 275, *ARA*, pkt. 58, *Baltic Rail*, pkt. 159, og *Google*, pkt. 264.

²⁴ *Intel (Kom)*, pkt. 852, *Slovak Telekom*, pkt. 277, og *Google*, pkt. 266.

²⁵ *Intel (Kom)*, pkt. 852, *Motorola*, pkt. 222-224, *Slovak Telekom*, pkt. 277, *ARA*, pkt. 60, og *Google*, pkt. 265-269.

²⁶ *Intel (Kom)*, pkt. 839, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 641, *Slovak Telekom*, pkt. 276, *ARA*, pkt. 59, og *Baltic Rail*, pkt. 160. *Intel (Kom)* henviste dog ikke til *Hoffman-La Roche*.

1.2.2 Vurderingen af dominans

Kommissionen identificerede i *Intel*, *Telekomunikacja Polska* og *Slovak Telekom* (der alle nævnte markedsstyrke som værende afgørende for dominans) indledningsvist virksomhedernes markedsandele:

- *Intel*: over 70-80 %, ²⁷
- *Telekomunikacja Polska*: 100 % på engrosmarkedet (og ca. 40-58 % ²⁸ på detailmarkedet) ²⁹ og
- *Slovak Telekom*: 100 % på engrosmarkedet (og ca. 40-50 % på detailmarkedet). ³⁰

Derefter analyserede Kommissionen øvrige relevante faktorer, herunder adgangs- og ekspansionsbarrierer, ³¹ modstående købermagt ³² og konkurrencepresset fra eksisterende konkurrenter. ³³ På den baggrund konkluderede den, at virksomhederne var dominerende på deres respektive markeder. ³⁴ De tre afgørelser antog således, at markedsstyrke var afgørende for dominansvurderingen og foretog derefter en analyse af samtlige relevante faktorer med udgangspunkt i markedsandele.

I *Motorola* og *Google* foretog Kommissionen en tilsvarende vurdering, men her havde den ikke forinden sat dominans lig markedsstyrke. I *Motorola* kom Kommissionen frem til, at virksomhedens markedsandel var på 100 %, ³⁵ men vurderede derudover også uundværligheden af dens GPRS-standard, industriens lock-in hertil (adgangs- og ekspansionsbarrierer) samt modstående købermagt. ³⁶ Tilsvarende fandt Kommissionen i *Google*, at virksomheden besad markedsandele på over 70 % i Slovenien og Tjekkiet siden 2011 samt over 85 % i de øvrige EØS-lande, ³⁷ mens den derefter vurderede adgangs- og ekspansionsbarrierer, omfanget

²⁷ *Intel (Kom)*, pkt. 841-852.

²⁸ Mellem 46 og 57 % på basis af indtægter og mellem 40 og 58 % på basis af antal linjer.

²⁹ *Telekomunikacja Polska*, pkt. 643-646 og 668-673.

³⁰ *Slovak Telekom*, pkt. 279-280, 310-316 og 340

³¹ *Intel (Kom)*, pkt. 883-822, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 647-661, 663-665, 674-690 og 692, samt *Slovak Telekom*, pkt. 281-288 og 329-335.

³² *Intel (Kom)*, pkt. 883-905 og 911, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 662 og 691-692, samt *Slovak Telekom*, pkt. 289-291 og 336.

³³ *Slovak Telekom*, pkt. 317-328.

³⁴ *Intel (Kom)*, pkt. 912, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 692-694, samt *Slovak Telekom*, pkt. 308 og 353-354.

³⁵ *Motorola*, pkt. 225.

³⁶ *Motorola*, pkt. 227-230, 231-236 og 237-268.

³⁷ *Google*, pkt. 273-284 og 325-330.

af bruger-multihoming,³⁸ virksomhedens brand-effekt samt modstående købermagt.³⁹

Kommissionens dominansvurdering i *OPCOM* var kort. Den var alene baseret på, at virksomheden havde haft en markedsandel på over 99 % (som eneste licenshaver) gennem en årrække, indtil den opnåede juridisk monopol.⁴⁰ Kommissionen analyserede dermed ikke nogen øvrige faktorer end markedsandele – hverken for perioden før eller efter opnåelsen af juridisk monopol. Desuden nævnte den ikke markedsstyrkebegrebet.

I *ARA* og *Baltic Rail* var Kommissionens dominansvurdering tilsvarende kortfattet og byggede alene på virksomhedernes markedsandele på ca. 95 % henholdsvis knap 100 %.⁴¹ Det var på trods af, at Kommissionen havde udtalt, at markedsstyrke var afgørende for dominans, og at markedsandele dermed ikke kan stå alene.

1.2.3 Afvisningsafgørelser

Kommissionen har afsagt 31 afvisningsafgørelser vedrørende artikel 102 siden *Håndhævelsesvejledningen*, heraf er 17 publiceret på engelsk, og 8 af disse indrager en vurdering af virksomhedernes dominans.⁴²

I fem af afgørelserne besad virksomhederne ifølge Kommissionen markedsandele på under 40 %:

- *Omnis/Microsoft* (2010): 0-5%⁴³
- *BRV/FIA* (2011): under 24 %⁴⁴
- *Magyar Suzuki* (2014): 1-4 %⁴⁵

³⁸ Hvorvidt brugere der anvender virksomhedens søgefunktion som deres generelle søgefunktion også anvender andre søgefunktioner.

³⁹ *Google*, pkt. 285-305, 306-315 og 316-318.

⁴⁰ *OPCOM*, pkt. 115-119. For perioden derefter lagde Kommissionen også vægt på, at *OPCOM* havde et juridisk monopol, jf. pkt. 120.

⁴¹ *ARA*, pkt. 61-66, samt *Baltic Rail*, pkt. 163-167, for så vidt angår downstream-markedet i sidstnævnte. I forhold upstream-markedet (jernbaneinfrastrukturen) forlod Kommissionen sig derimod på, at virksomheden besad juridisk monopol, jf. pkt. 162.

⁴² Afgørelserne er fundet ved søgning i Kommissionens sagsdatabase på http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=1 efter sager fra perioden 24. februar 2009 til 28. maj 2018. Afgørelsen *EFIM*, der ikke fremkommer ved søgningen, er desuden medtaget. I *Omnis/Microsoft* er der afsagt to afvisningsafgørelser.

⁴³ "*Omnis/Microsoft*": Kommissionens afgørelse af 1. december 2010 i sag COMP/39.784 – *Omnis/Microsoft*, pkt. 27-33.

⁴⁴ "*BRV/FIA*": Kommissionens afgørelse af 4. august 2011 i sag COMP/39732 – *BRV / FIA*, certain Formula One Engine manufacturers, FIM, Dorna, Honda, pkt. 50.

⁴⁵ "*Magyar Suzuki*": Kommissionens afgørelse af 14. oktober 2014 i sag AT.40072 – *Magyar Suzuki Corporation*, pkt. 32.

- *MACO* (2016): 15-25 %⁴⁶
- *Foreclosure of Money Transmittance Market* (2017): 10-20 %⁴⁷

Kommissionen kunne efter etableret retspraksis (og *Håndhævelsesvejledningen*) have erklæret, at virksomhederne umuligt kunne være dominerende, da deres markedsandele var langt under 40 %. Det gælder særligt *Omnis/Microsoft* og *Magyar Suzuki*, hvor virksomhedernes markedsandele var under 5 %. Alligevel kom Kommissionen i samtlige sager frem til, at det alene var "unlikely", at virksomheden var dominerende.⁴⁸ Den valgte således at fastholde muligheden for at erklære en virksomhed for dominerende, hvis øvrige forhold taler herfor. I *Magyar Suzuki* og *MACO* udtrykte Kommissionen desuden, at markedsstyrke var afgørende for dominansvurderingen.⁴⁹

Kommissionen har derudover understreget i to afgørelser vedrørende virksomheder med høje markedsandele, at et flertal af faktorer indgår i dominansvurderingen. I *Rambus* (2010) inddrog den således adgangsbarrierer i sin konklusion om, at Rambus formentlig var dominerende, selv om virksomheden havde en markedsandel på 84-96 %.⁵⁰ Endelig lagde Kommissionen i *Watch Repairs* (2014) slet ikke vægt på markedsandele (i hvert fald kun indirekte)⁵¹ i sin konklusion om, at en række urfabrikanter var dominerende på forskellige reservedelsmarkeder, men inddrog derimod de høje adgangsbarrierer til markederne samt urfabrikanternes mulighed for at bestemme, hvilke aktører der skulle have adgang hertil.⁵²

I afgørelsen, *EFIM* (2009), udtalte Kommissionen, at virksomheden med en markedsandel på 43 % formentlig ikke var dominerende under hensyn til bl.a. "intense competition on the primary market".⁵³

⁴⁶ "*MACO*": Kommissionens afgørelse af 11. marts 2016 i sag AT.40169 – *MACO*, pkt. 19.

⁴⁷ "*Foreclosure of Money Transmittance market*": Kommissionens afgørelse af 17. maj 2017 i sag AT.40160 – *Foreclosure of Money Transmittance market*, pkt. 44.

⁴⁸ *Omnis/Microsoft*, pkt. 36, *BRV/FIA*, pkt. 50, *Magyar Suzuki*, pkt. 33, *MACO*, pkt. 20, og *Foreclosure of Money Transmittance market*, pkt. 43.

⁴⁹ *Magyar Suzuki*, pkt. 50, og *MACO*, pkt. 19.

⁵⁰ "*Rambus*": Kommissionens afgørelse af 15. januar 2010 i sag COMP/C-3/38.636 – *Rambus*, pkt. 21-29.

⁵¹ Sagen omhandlede reservedele til luksusure, og Kommissionen fandt, at den enkelte urfabrikant kontrollerede hvem, der kunne producere reservedele til sine egne ure, jf. pkt. 102. Det kan heraf udledes, at virksomhederne formentlig havde meget høje markedsandele (eller mulighed for at have det) på markedet for reservedele til egne ure.

⁵² "*Watch Repair*": Kommissionens afgørelse af 29. juli 2014 i sag AT.39097 – *Watch Repair*, pkt. 98-103.

⁵³ "*EFIM*": Kommissionens afgørelse af 20. maj 2009 i sag COMP/C-3/39.391 – *EFIM*, pkt. 23.

1.2.4 Sammenfattende om dominansvurderingen

Det eneste samtlige forbudsafgørelser har til fælles er, at de vedrører firmaer med markedsandele på over 70 %. I blot otte afgørelser foretog Kommissionen dominansvurderingen på fire forskellige måder. *Intel*, *Telekomunikacja Polska* og *Slovak Telekom* anså markedsstyrke som det afgørende princip, og foretog vurderingen i overensstemmelse med *Håndhævelsesvejledningen*. *Motorola* og *Google* nævnte ikke markedsstyrkebegrebet, men foretog vurderingen i overensstemmelse med vejledningen. *OPCOM* hverken nævnte markedsstyrke eller anvendte vejledningens tilgang, mens *ARA* og *Baltic Rail* nævnte markedsstyrke, men anvendte ikke vejledningens tilgang. Sidstnævnte tre afgørelses dominansvurdering var i stedet forankret i markedsandele.

Uoverensstemmelsen mellem afgørelserne er dog kun tilsyneladende. *Intel*, *Telekomunikacja Polska* og *Slovak Telekom* samt *Motorola* og *Google* anvendte alle tilgangen angivet i *Håndhævelsesvejledningen*, og det forhold, at *OPCOM*, *ARA* og *Baltic Rail* ikke anvendte tilgangen, kan muligvis forklares ud fra sagernes særlige karakter.

OPCOM og *Baltic Rail* vedrørte adfærd, der påvirkede samhandlen på det indre marked. I begge afgørelser var virksomhederne de eneste aktive aktører på upstream-markedet, og de udelukkede virksomheder fra andre EU-lande i at deltage på downstream-markedet (i *OPCOM* var virksomheden ikke selv aktiv på downstream-markedet). I sådanne tilfælde synes Kommissionen at tillade sig at forlade sig på meget høje markedsandele.⁵⁴ *ARA* er ligeledes en særlig afgørelse, idet virksomheden anerkendte misbruget af sin dominerende stilling,⁵⁵ hvilket må antages at have overflødiggjort en tilbundsgående dominansvurdering henset til *ARA*'s markedsandel på ca. 95 %.

Det kan på denne baggrund konkluderes, at Kommissionen i sine forbudsafgørelser som udgangspunkt anser markedsstyrkebegrebet for relevant og anvender *Håndhævelsesvejledningens* tilgang til vurderingen af dominans. I særlige tilfælde forbeholder den sig imidlertid muligheden for alene at basere vurderingen på markedsandele. Afvisningsafgørelserne fremstår i overensstemmelse hermed, idet de ikke udelukker dominans ved lave markedsandele og inddrager yderligere faktorer ved selv meget høje markedsandele.

⁵⁴ Se Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 255, om betydningen af misbrugstypens særlige karakter i *OPCOM*.

⁵⁵ Se Gauer, C. & Lübking, J, 'Cooperation with the European Commission in antitrust cases: A new way paved by the *ARA* case' (2017) 1-2017 *Concurrences*, pp. 81–87 om *ARA* som en særlig type afgørelse.

Denne nuancering af dominansvurderingen ses allerede til dels i Kommissionens afgørelser umiddelbart før *Håndhævelsesvejledningen*. Der kan til eksempel henvises til *Tomra* (2006), hvor Kommissionen foretog en videregående analyse af adgangs- og ekspansionsbarrierer samt modstående købermagt.⁵⁶

Selv om Kommissionen anvender *Håndhævelsesvejledningens* tilgang, har dens dominansvurderinger været kortfattede. Vurderingerne indebærer således først en konstatering af en høj markedsandel (i alle tilfælde på over 70 %), hvorefter en række konkurrencefordele for virksomheden inddrages. Afslutningsvis afvises, at andre forhold (ekspansions- og adgangsbarrierer eller modstående købermagt m.v.) skulle ændre på indikationen om dominans. Ligeledes har Kommissionen principielt fastholdt AKZO-formodningen og princippet om, at meget høje markedsandele i sig selv udgør bevis for dominans, medmindre der foreligger særlige omstændigheder.

Spørgsmålet er herefter, om introduktionen af markedsstyrkebegrebet og nedtoningen af betydningen af markedsandele har medført en reel ændring af dominansvurderingen, og dermed om analysen reelt er udtryk for en effektbaseret vurdering af dominans.⁵⁷ Under alle omstændigheder burde Kommissionen være konsekvent i sin angivelse af de relevante principper for dominansvurderingen. Den burde endvidere anføre i tilfælde, hvor markedsandele udgør en klar indikator for dominans, og den ikke anser øvrige faktorer for at kunne ændre herpå, hvorfor den ikke finder det nødvendigt at inddrage de øvrige faktorer nærmere.

1.3 Misbrugsvurderingen

Kommissionen indledte samtlige forbudsafgørelser med en gengivelse af de etablerede doktriner i retspraksis vedrørende misbrugsbegrebet, herunder typisk *Hoffman-La Roches* misbrugsdefinition,⁵⁸ dominerende virksomheders særlige ansvar,⁵⁹ at virksomheder kun må konkurrere på ydelser m.v.⁶⁰ Efterfølgende vurderede Kommissionen adfærden i den konkrete sag. Det gjorde den med baggrund i EU-Domstolens praksis vedrørende den enkelte type adfærd. *Motorola*, *Google*

⁵⁶ "*Tomra (Kom)*": Kommissionens afgørelse af 29. marts 2006 i sag COMP/E-1/38.113 — Prokent/Tomra, pkt. 235 og 245.

⁵⁷ Dethmers, F. & Blondeel, J., 'EU enforcement policy on abuse of dominance: some statistics and facts' (2017) 38 European Competition Law Review 4, pp. 147–164, s. 154 f.

⁵⁸ *Intel (Kom)*, pkt. 914, *Telekommunikacja Polska*, pkt. 697, *OPCOM*, pkt. 127, *Motorola*, pkt. 271, *Slovak Telekom*, pkt. 355, *ARA*, pkt. 69, *Baltic Rail*, pkt. 172, og *Google*, pkt. 333.

⁵⁹ *Intel (Kom)*, pkt. 837 (dog under dominansafsnittet), *Telekommunikacja Polska*, pkt. 695, *OPCOM*, pkt. 125, *Motorola*, pkt. 272, *Slovak Telekom*, pkt. 356, *ARA*, pkt. 68, *Baltic Rail*, pkt. 171, og *Google*, pkt. 331.

⁶⁰ *Intel (Kom)*, pkt. 915, *Slovak Telekom*, pkt. 355, *ARA*, pkt. 70, og *Google*, pkt. 331 og 333.

og *Baltic Rail* vedrørte imidlertid ikke adfærd, der faldt inden for nogen af de etablerede kategorier i EU-Domstolens praksis, hvorfor de blev behandlet særegent.

I det følgende analyseres Kommissionens misbrugsvurdering i de enkelte afgørelser. Derefter vurderes, hvordan Kommissionen generelt foretager vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger henholdsvis skadelige virkninger på forbrugervelfærden.

1.3.1 Misbrugsvurderingen i de enkelte afgørelser

1.3.1.1 *Intel*

Kommissionen udtalte på baggrund af etableret retspraksis, at en dominerende virksomhed, som binder købere til sig gennem et loyalitetsbonussystem om at dække hele eller en betydelig del af deres behov hos virksomheden, handler i strid med artikel 102.⁶¹ Vurdering af, om der foreligger et loyalitetsbonussystem, forudsatte ifølge Kommissionen en inddragelse af samtlige omstændigheder vedrørende adfærdens karakteristika. Kommissionen afviste i forlængelse heraf, at dette skulle indebære et krav om påvisning af ”actual foreclosure”, hvortil den tilføjede, at misbrug “may result from the anticompetitive object of the practices”.⁶²

Kommissionen konkluderede efter en kort analyse af samtlige omstændigheder vedrørende rabatsystemets karakteristika, at virksomhedens afgivelse af rabatter og betalinger med samme effekt udgjorde loyalitetsbonussystemer, og at de derfor udgjorde misbrug.⁶³ Kommissionen konkluderede således på baggrund af en form-baseret vurdering af adfærdens, at der forelå misbrug.

På trods af dette foretog Kommissionen en supplerende vurdering af adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger. Kommissionen understregede dog, at dette ikke var påkrævet efter retspraksis, idet adfærdens opfyldelse af de i retspraksis etablerede betingelser var ”in [itself] sufficient to find an infringement under Article [102]”.⁶⁴ Vurderingen inkluderede for det første en omfattende AEC-test (over 150 sider) af rabatternes potentielle afskærmende virkninger for konkurrenter, der var lige så effektive som virksomheden.⁶⁵ Dernæst analyserede Kommissionen OEM’ernes strategiske betydning for virksomhedens konkurrenter for at sandsynliggøre rabatternes virkninger yderligere.⁶⁶ Endelig foretog Kommissionen en analyse af, om de konkurrencebegrænsende virkninger var skadelige for

⁶¹ *Intel (Kom)*, pkt. 920.

⁶² *Ibid.*, pkt. 923.

⁶³ *Ibid.*, pkt. 1001.

⁶⁴ *Ibid.*, pkt. 925.

⁶⁵ *Ibid.*, pkt. 1002-1576..

⁶⁶ *Ibid.*, pkt. 1577-1596.

forbrugervelfærden.⁶⁷ Kommissionen fandt det bevist, at adfærden foranledigede de væsentlige OEM'ers og en forhandlers loyalitet over for virksomheden, hvilket i betydelig grad formindskede konkurrenters muligheder for at konkurrere på ydelser og resulterede i en betydelig reduktion i forbrugernes valgfrihed samt lavere incitamenter til at innovere.⁶⁸ I sin konklusion angav Kommissionen de påviste virkninger på konkurrencen som værende faktiske virkninger, mens den andre steder betegnede virkninger som sandsynlige.⁶⁹

Kommissionens vurdering af, om rabatterne udgjorde misbrug var således form-baseret. Alligevel foretog den også en ikke-påkrævet effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og dens virkninger på forbrugervelfærden.

Kommissionen fandt desuden på baggrund af etableret retspraksis, at de såkaldte naked restraints i form af betalinger til OEM'erne for at forsinke, aflyse eller begrænse salget af en konkurrents produkter, udgjorde misbrug. Kommissionen anså det ikke for påkrævet at foretage en effektbaseret vurdering af adfærdens virkninger, men mente alligevel at have gjort dette med henvisning til en kort analyse af adfærden.⁷⁰ Kommissionen vurderede ikke virkningerne på forbrugervelfærden, men konstaterede blot, at adfærden frarøvede kunderne muligheden for at købe konkurrentens produkter.⁷¹

1.3.1.2 Telekomunikacja Polska

Kommissionen indledte misbrugsvurderingen med at gengive etableret retspraksis vedrørende leveringsnægtelse, herunder kravet om at nægtelsen sandsynligvis skal eliminere den effektive konkurrence for at udgøre misbrug.⁷² I tilknytning hertil udtalte den, at leveringsnægtelse ifølge *Håndhævelsesvejledningen* alene er en prioritet, såfremt tre betingelser er opfyldt, herunder kravet om sandsynlig eliminering af den effektive konkurrence samt en yderligere betingelse om, at nægtelsen sandsynligvis skal medføre skade på forbrugervelfærden.⁷³

Kommissionen vurderede herefter, hvorvidt virksomhedens opstilling af en række betingelser i sine tilbud om at give adgang til sine ydelser udgjorde konstruktiv leveringsnægtelse. Den fandt, at dette var tilfældet, og at adfærden derfor "constitute[s] an abuse of a dominant position under Article 102 TFEU, in the form of

⁶⁷ *Ibid.*, pkt. 1597-1615.

⁶⁸ *Ibid.*, pkt. 1616.

⁶⁹ *Ibid.*, se særligt pkt. 1616 ctr. pkt. 1785.

⁷⁰ *Ibid.*, pkt. 1670-1672.

⁷¹ *Ibid.*, pkt. 1679.

⁷² *Telekommunikacja Polska*, pkt. 695-702.

⁷³ *Ibid.*, pkt. 703.

refusal to supply.”⁷⁴ Kommissionen havde dog på daværende tidspunkt (endnu) ikke vurderet, om adfærden sandsynligvis kunne eliminere den effektive konkurrence, hvilket den havde angivet var påkrævet ifølge retspraksis samt for at udgøre en prioritet ifølge *Håndhævelsesvejledningen*.

Efterfølgende foretog Kommissionen en vurdering af virkningerne på konkurrencen og forbrugervelfærden. Den angav med henvisning til bl.a. *British Airways*, at den ville vise, at adfærden var “capable of restricting, or in other words, likely to restrict competition [...] Moreover, despite this not being necessary ... it will also demonstrate that [the undertaking’s] conduct was likely to have detrimental effect for consumers”.⁷⁵ Eftersom Kommissionen angav, at det ikke var påkrævet at påvise *virkningerne på forbrugervelfærden*, kan det modsætningsvis sluttes, at den anså det for påkrævet at demonstrere nægtelsens potentielle *virksomheder på konkurrencen*, før den kunne konkludere, at der forelå misbrug. Kommissionens tidligere konklusion om, at adfærden udgjorde misbrug, lader således til at være førtidig og betinget af påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger – kravet ifølge retspraksis om påvisning heraf havde Kommissionen da også påpeget tidligere.⁷⁶ Kommissionen anså imidlertid ikke vurderingen af sandsynlige virkninger på forbrugervelfærden for påkrævet, og dette udgjorde derfor en supplerende analyse med det formål at demonstrere, at sagen var en håndhævelsesprioritet. I denne vurdering inkluderede Kommissionen kvalitative og kvantitative beviser, hvorefter den konkluderede, at adfærden sandsynligvis medførte konkurrencebegrænsende virkninger til skade for forbrugerne.⁷⁷

Kommissionens misbrugsvurdering indeholdte således en påkrævet effektbaseret vurdering af, om adfærden sandsynligvis havde potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, samt en supplerende vurdering af om det sandsynligvis var til skade for forbrugerne.

1.3.1.3 *OPCOM*

Kommissionen fandt kortfattet med henvisning til retspraksis om nationalitetsdiskrimination, at adfærden opfyldte de etablerede betingelser for at udgøre misbrug. Ifølge Kommissionen udgjorde kravet om rumænsk momsregistrering en ulempe for virksomheder fra andre EU-lande,⁷⁸ hvorfor adfærden “amounts to an abuse”.⁷⁹ Vurderingen var udelukkende formbaseret.

⁷⁴ *Ibid.*, pkt. 707-811. Konklusion fremgår af pkt. 803.

⁷⁵ *Ibid.*, pkt. 813.

⁷⁶ *Ibid.*, pkt. 702.

⁷⁷ *Ibid.*, pkt. 814-872.

⁷⁸ *OPCOM*, pkt. 129-170, særligt pkt. 129-136.

⁷⁹ *Ibid.*, pkt. 170.

Efter at have konkluderet at adfærden udgjorde misbrug, gentog Kommissionen doktrinen etableret med bl.a. *British Airways*, hvorefter det ikke er nødvendigt at demonstrere adfærdens faktiske virkninger, men det er tilstrækkeligt at demonstrere dens potentielle virkninger. I den forbindelse udtalte Kommissionen, at “where behaviour raises barriers to trade between Member States and consequently to the internal market by discriminating against trading partners on grounds of nationality, the Commission considers that the behaviour restricts competition within the internal market.”⁸⁰ Kommissionen fandt således, at nationalitetsdiskrimination antoges at have konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgjorde misbrug.

Efterfølgende konkretiserede Kommissionen, hvilke konkurrencebegrænsende virkninger den antog, at adfærden medførte. Diskriminationen skabte ifølge Kommissionen en adgangsbarriere til markedet for virksomheder fra andre EU-lande, hvilket førte til lavere konkurrence og højere energipriser.⁸¹ I den forbindelse udtalte den, at “consumers are more likely to pay higher prices”, om end den ikke udtalte sig om betydningen heraf.⁸²

Kommissionen fandt således, at adfærden udgjorde misbrug på baggrund af en formbaseret vurdering. Den anså ikke yderligere påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger for påkrævet, men konkretiserede i begrænset omfang, hvorfor virkningerne kunne formodes – dette havde ikke karakter af en supplerende, effektbaseret vurdering. Kommissionen foretog desuden ikke en supplerende vurdering af adfærdens virkninger på forbrugervelfærden.

1.3.1.4 *Motorola*

Kommissionen behandlede adfærden som en (ny) særegen form for misbrug og ikke under én af de etablerede misbrugskategorier såsom chikanerende retsforfølgning eller licensnægtelse.⁸³ Den udtalte – efter gengivelse af det generelle misbrugsbegreb – at “[t]he exercise of an exclusive right by its owner may, however,

⁸⁰ *Ibid.*, pkt. 172-173.

⁸¹ *Ibid.*, pkt. 171-185, særligt pkt. 174-179.

⁸² *Ibid.*, pkt. 178.

⁸³ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 153, og Akman, P., ‘The Reform of the Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?’ (2016) 81 *Antitrust Law Journal* 4, pp. 145–208, s. 200.

in exceptional circumstances and absent any objective justification, involve abusive conduct”.⁸⁴ Vurderingen af adfærden fremstod således forankret i dels det generelle misbrugsbegreb dels en analogi fra retspraksis om leveringsnægtelse.⁸⁵

Kommissionen vurderede, at der forelå særlige omstændigheder henset til GPRS-standardiseringsprocessen samt virksomhedens forpligtelse til at meddele licens til SEP’et på FRAND-vilkår,⁸⁶ og at der ikke forelå en objektiv begrundelse bag håndhævelsen af patentforbuddet, idet licenstageren ikke var uvillig til at indgå en licensaftale på FRAND-vilkår.⁸⁷

Derefter foretog Kommissionen en effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.⁸⁸ Den fandt på baggrund af kvalitative beviser, at adfærden udgjorde misbrug, idet den var egnet til at have (eller sandsynligvis havde)⁸⁹ tre konkrete former for konkurrencebegrænsende virkninger: (i) et midlertidigt forbud mod onlinesalg af licenstagernes GPRS-kompatible produkter, (ii) indsættelse af licensvilkår i forligsaftalen, der kunne være uhensigtsmæssige for licenstageren, samt (iii) en negativ virkning på udarbejdelsen af standarder.⁹⁰ Dette fremstod ikke som en supplerende vurdering, men som påkrævet for at konkludere, at adfærden udgjorde misbrug.

Kommissionen forholdte sig ikke til, om det var påkrævet at vurdere adfærdens virkninger på forbrugervelfærden. Skade på forbrugervelfærden indgik heller ikke som et essentielt element i misbrugsvurderingen, men blev formodet på baggrund af de konkurrencebegrænsende virkninger.⁹¹ Ifølge Kommissionen førte det midlertidige forbud således til reduceret valgfrihed for forbrugerne, licensvilkårene

⁸⁴ *Motorola*, pkt. 278 (vores kursivering). Derudover anførte Kommissionen, at listen over særlige omstændigheder ikke er udtømmende, hvortil den henviste til bl.a. sag C-7/97, *Brommer*, pr. 40, sag C-418/01, *IMS Health*, pr. 36-38, samt sag T-201/04, *Microsoft*, pr. 332.

⁸⁵ Akman, P., ‘The Reform of the Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?’ (2016) 81 *Antitrust Law Journal* 4, pp. 145–208, s. 201.

⁸⁶ *Motorola*, pkt. 280-300.

⁸⁷ *Ibid.*, pkt. 301-307 og 426-464.

⁸⁸ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 225.

⁸⁹ Kommissionen anvendte både udtrykket ‘capable of having’ og ‘likely to have’. Den anvendte udtrykket ‘likely’ f.eks. under overskrift 8.2.3.2.1 og i pkt. 365, 371 og 372. Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 225, fortolker afgørelsen således, at Kommissionen vurderede adfærdens sandsynlige virkninger.

⁹⁰ *Motorola*, pkt. 311.

⁹¹ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 154 f.

førte til højere priser, og den negative virkning på udarbejdelsen af standarder frarøvede forbrugerne de gavnlige virkninger heraf.⁹²

Kommissionens vurderingen indeholdte således en påkrævet effektbaseret vurdering af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Kommissionen anså det ikke for påkrævet og foretog heller ikke en supplerende vurdering af adfærdens virkninger på forbrugervelfærden. Den tilkoblede dog kvalificerede antagelser om forbrugerskade på vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger.

1.3.1.5 Slovak Telekom

Afgørelsen vedrørte både konstruktiv leveringsnægtelse og margin squeeze. Kommissionen vurderede først på baggrund af nyere retspraksis, om virksomheden havde udøvet konstruktiv leveringsnægtelse.⁹³ Den fandt efter en omfattende analyse dette bekræftet, eftersom andre operatører havde en stærk interesse i at opnå adgang til virksomhedens abonnentledninger,⁹⁴ og virksomheden havde fastsat urimelige betingelser og vilkår i sine standardtilbud om adgang hertil.⁹⁵ Ifølge Kommissionen

medførte de urimelige betingelser og vilkår, at adfærden udgjorde konstruktiv leveringsnægtelse.⁹⁶ Den konkluderede ikke, om adfærden af denne grund udgjorde misbrug.

Kommissionen vurderede derefter, om virksomheden havde udøvet margin squeeze. Det gjorde den ud fra den i nyere retspraksis⁹⁷ etablerede margin squeeze-test (der inkluderede en 'equally efficient competitor test')⁹⁸ samt øvrige beviser.⁹⁹ Kommissionen fandt, at en lige så effektiv konkurrent, der skulle betale de høje priser for engrosadgang, ville have negative gevinstmargener og dermed være ude af stand til at levere bredbånd til detailkunder på varig basis, hvilket støttedes af øvrige beviser. På det grundlag anførte den, at adfærden "amounts to an abusive margin squeeze within the meaning of the case-law", og at "the margin squeeze was likely to foreclose competitors ... and thereby caused consumer harm." Kom-

⁹² *Motorola*, særligt pkt. 312, 377 og 415.

⁹³ Kommissionen henviste bl.a. til sag C-52/09, *TeliaSonera*.

⁹⁴ *Slovak Telekom*, pkt. 378-388.

⁹⁵ *Ibid.*, pkt. 431-534, 535-651 og 652-819. De urimelige betingelser og vilkår bestod i (i) tilbageholdelse af oplysninger om adgang til abonnentlinjerne, (ii) kunstig reducere af sin leveringsforpligtelse samt (iii) urimelige betingelser og vilkår vedrørende strafgebyr, bankgaranti, reparationer m.v.

⁹⁶ *Ibid.*, pkt. 820.

⁹⁷ Kommissionen henviste til sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, og sag C-52/09, *TeliaSonera*.

⁹⁸ *Slovak Telekom*, pkt. 827-1023.

⁹⁹ *Ibid.*, pkt. 1024-1039.

missionen tilføjede samtidig, at en efterfølgende vurdering af adfærdens virkninger viste, at adfærden “was at least capable of having of having anticompetitive effects”.¹⁰⁰

Efter disse indledende vurderinger af de to former for adfærd foretog Kommissionen en vurdering af deres potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, hvorved den ville vise, at adfærden var “capable of making entry of other operators or their activity on the relevant market more difficult or impossible, as is required in the case law.”¹⁰¹ Uanset at Kommissionen allerede havde konkluderet, at margin squeeze var “abusive”, må det antages, at den anså det for yderligere påkrævet at påvise dens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. På baggrund af en kvalitativ analyse fandt Kommissionen, at begge former for adfærd var “likely to have negative effects on competition and thereby consumers [...] by artificially raising barriers to entry”.¹⁰² Både leveringsnægtelsen og margin squeeze udgjorde dermed misbrug, idet de havde potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.

Efterfølgende foretog Kommissionen en supplerende, videregående effektbaseret vurdering af “qualitative and quantitative indications underpinning the finding of the potential anticompetitive effects”, som den fandt støttede for konklusionen om adfærdens sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger.¹⁰³ Kommissionen anså ikke denne yderligere vurdering for påkrævet.¹⁰⁴ Endvidere vurderede den, om adfærden sandsynligvis var til skade for forbrugervelfærden, hvilket den fandt sandsynliggjort.¹⁰⁵ Kommissionen anså heller ikke denne vurdering for påkrævet, men foretog den for at tilbagevise virksomhedens argument om, at adfærden ikke var til skade for forbrugervelfærden.

Kommissionen foretog således en påkrævet effektbaseret vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Vurderingen blev suppleret af både en videregående vurdering af indikationer, der støttede resultatet, samt en ikke-påkrævet vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden.

1.3.1.6 ARA

Kommissionen konkluderede kortfattet, at eftersom adgang til virksomhedens infrastruktur til indsamling af husholdningsadfærd var nødvendig for adgang til mar-

¹⁰⁰ *Ibid.*, pkt. 1041-1045.

¹⁰¹ *Ibid.*, pkt. 1048.

¹⁰² *Ibid.*, pkt. 1049-1109.

¹⁰³ *Ibid.*, pkt. 1110-1183 (citatet er fra overskriften til afsnit 10).

¹⁰⁴ *Ibid.*, pkt. 1110.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pkt. 1125-1183.

kedet for fritaget husholdningsemballageaffald, og infrastrukturen ikke kunne duplikeres, ville virksomhedens nægtelse sandsynligvis eliminere konkurrencen på markedet.¹⁰⁶ På denne baggrund konkluderede Kommissionen, at adfærden udgjorde misbrug.

Kommissionen anvendte ikke en effektbaseret vurdering ved fundet af, at nægtelsen sandsynligvis ville eliminere konkurrencen. Kommissionen antog blot, at nægtelsen ville føre til eliminering af den effektive konkurrence, idet infrastrukturen var nødvendig for adgang til markedet og ikke kunne duplikeres. Kommissionen vurderede heller ikke, om adfærden sandsynligvis var til skade for forbrugerne. Den nævnte blot kort, at duplikation af infrastrukturen ville lede til prisstigninger for forbrugerne.¹⁰⁷

1.3.1.7 Google

Kommissionens misbrugsvurdering byggede ikke på etableret retspraksis vedrørende en bestemt adfærdstype. Afgørelsen indebar derimod (en begrænset) anvendelse af de generelle misbrugsprincipper og en omfattende analyse af adfærdens karakter og dens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.¹⁰⁸ Kommissionen undlod desuden at behandle adfærden efter artikel 102, litra c (om diskriminerende misbrug), leveringsnægtelse eller tying, som afgørelsen ellers er blevet diskuteret i lyset af.¹⁰⁹

Kommissionen foretog for det første en omfattende vurdering af adfærden, der gav virksomhedens prissammenligningstjeneste en mere gunstig placering og visning end konkurrerende tjenester.¹¹⁰ For det andet vurderede den betydningen af brugertrafik, og hvordan den gunstigere placering og visning dirigerede trafik væk fra de konkurrerende prissammenligningstjenester.¹¹¹ For det tredje vurderede den, at søgetrafikken fra virksomhedens generelle søgeresultatsider udgjorde en stor del af de konkurrerende prissammenligningstjenesters trafik, og at denne trafik ikke let kunne erstattes.¹¹²

¹⁰⁶ *Ibid.*, pkt. 78-94 og 112-113.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pkt. 89.

¹⁰⁸ Bergqvist, C., 'Google and the search for a theory of harm' (2018) 39 European Competition Law Review 4, pp. 149-151, s. 150.

¹⁰⁹ Bergqvist, C., 'Google and the search for a theory of harm' (2018) 39 European Competition Law Review 4, pp. 149-151, s. 150, og Akman, P., 'The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law' (2018) 2017 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2, pp. 301-374.

¹¹⁰ *Google*, pkt. 344-443.

¹¹¹ *Ibid.*, pkt. 444-451 og 452-538.

¹¹² *Ibid.*, pkt. 539-588.

Derefter vurderede Kommissionen i lyset af ovenstående, om adfærden havde potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Den angav i den forbindelse, at det var påkrævet at demonstrere, at adfærden var “capable of having, or is likely to have, anti-competitive effects”.¹¹³ Den fandt for det første, at adfærden potentielt kunne udelukke konkurrerende prissammenligningstjenester (hvilket kunne medføre højere gebyrer for forhandlere, højere priser for forbrugere og mindre innovation).¹¹⁴ For det andet kunne den sandsynligvis mindske forbrugernes adgangsmulighed til de mest relevante prissammenligningstjenester.¹¹⁵ For det tredje gjaldt dette selv, hvis prissammenligningstjenester var en del af et bredere relevant produktmarked.¹¹⁶ For det fjerde var den egnet til eller ville sandsynligvis have konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for generelle søgetjenester.¹¹⁷ Kommissionen konkluderede som følge heraf, at virksomhedens adfærd udgjorde misbrug.

Skadelige virkninger på forbrugervelfærden blev formodet som følge af de påviste potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Kommissionen inddrog således skade på forbrugervelfærden i sin misbrugsvurdering som en integreret del af vurderingen af de konkurrencebegrænsende virkninger, og ikke som en selvstændig, supplerende vurdering. *Google* er som følge heraf blevet kritiseret for blot at antage, at adfærden var til skade for forbrugervelfærden uden at underbygge dette med kvalitative eller kvantitative beviser.¹¹⁸

Misbrugsvurderingen bestod således primært af en effektbaseret vurdering af, om og hvilke potentielle konkurrencebegrænsende virkninger den diskriminerede adfærd medførte. Kommissionen foretog ikke en supplerende vurdering af adfærdens virkninger på forbrugervelfærden, men tilkoblede antagelser om skade på forbrugervelfærden på vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger.

1.3.1.8 *Baltic Rail*

Kommissionens misbrugsvurdering byggede på det generelle misbrugsbegreb og ikke en etableret form for misbrugstype. Kommissionen baserede sin vurdering på

¹¹³ Se f.eks. *Google*, pkt. 339 og 602.

¹¹⁴ *Ibid.*, pkt. 593-596.

¹¹⁵ *Ibid.*, pkt. 597-600.

¹¹⁶ *Ibid.*, pkt. 608-640.

¹¹⁷ *Ibid.*, pkt. 641-643.

¹¹⁸ Akman, P., ‘A preliminary assessment of the European Commission’s *Google Search* decision’ (2017) 1 Competition Policy International, Antitrust Chronicle 3, pp. 7–11, s. 3, og Lamadrid, A. (2017) ‘*Google Shopping* Decision – First Urgent Comments’, Chilling Competition, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com.

princippet om, at "recourse to methods different from those which condition normal competition" kan udgøre misbrug, hvis det potentielt kan medføre konkurrencebegrænsende virkninger ved at udelukke konkurrenter fra markedet.¹¹⁹

Kommissionen vurderede indledningsvist virksomhedens adfærd og konkluderede, at virksomheden ved at fjerne skinnerne på grænsen til Litauen havde benyttet sig af metoder, der adskiller sig fra dem, der ligger til grund for normal konkurrence. Den nåede frem hertil, idet den fandt, at virksomheden var klar over olieraffinaderiets (en kundes) planer om at skifte transportvej til de lettiske havne, og at virksomheden fjernede sporene til havnene i al hast uden at sikre de nødvendige midler.¹²⁰ Fjernelsen var desuden i strid med almindelig praksis,¹²¹ ligesom virksomheden havde taget skridt til at overbevise den litauiske regering om ikke at genetablere sporet.¹²²

Afgørelsen gengav ikke det i retspraksis fastlagte princip om, at adfærden skal være egnet til eller sandsynligvis have konkurrencebegrænsende virkninger for at udgøre misbrug. Ikke desto mindre foretog Kommissionen en vurdering af konkurrentens mulighed for at konkurrere med virksomheden *før fjernelsen* af skinnerne sammenholdt med muligheden herfor *efter fjernelsen*. Vurderingen byggede særligt på en økonomisk analyse af omkostningerne forbundet med olietransporten ad forskellige ruter. Kommissionen konkluderede på baggrund af analysen, at konkurrenten (såfremt den var lige så effektiv) ville have haft lavere omkostninger og dermed have haft mulighed for at fremsætte et konkurrencedygtigt tilbud.¹²³ Efter fjernelsen af skinnerne ville konkurrenten have større omkostninger, hvorfor det var usandsynligt, at den ville konkurrere med virksomheden.¹²⁴ Endvidere lagde Kommissionen vægt på, at konkurrenten forinden fjernelsen af skinnerne havde været i forhandling med olieraffinaderiet om transport af olie, og at raffinaderiet havde anset tilbuddet for konkret og attraktivt.¹²⁵

Under hensyn hertil konkluderede Kommissionen, at adfærden afskærmede konkurrenten fra markedet og dermed reducerede konkurrencepresset, som konkurrenten hidtil havde udøvet. På baggrund af denne kontrafaktiske analyse og de

¹¹⁹ *Baltic Rail*, pkt. 172 og 177-178.

¹²⁰ *Ibid.*, pkt. 183-193.

¹²¹ *Ibid.*, pkt. 194-198.

¹²² *Ibid.*, pkt. 194-198 og 200-201.

¹²³ *Ibid.*, pkt. 256-266.

¹²⁴ *Ibid.*, pkt. 309-314.

¹²⁵ *Ibid.*, pkt. 323.

øvrige beviser, herunder at konkurrenten havde været i forhandlinger med raffinaderiet forinden fjernelsen af skinneren, fandt Kommissionen, at adfærden var egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger på downstream-markedet.¹²⁶

Misbrugsvurderingen indeholdte således en effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Den indeholdte dog ikke en supplerende vurdering af adfærdens virkninger på forbrugervelfærden. Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagen vedrørte en non-market strategy, der var til skade for det indre marked, hvilket formentlig har haft betydning for misbrugsvurderingen.

1.3.2 Vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger

I seks ud af otte afgørelser (*Intel*, *Telekomunikacja Polska*, *OPCOM*, *Motorola*, *Slovak Telekom* og *Google*) udtalte Kommissionen med henvisning til retspraksis, at det ikke er påkrævet at demonstrere adfærdens faktiske konkurrencebegrænsende virkninger, men at det er tilstrækkeligt at påvise, at adfærden er egnet (capable) til eller sandsynligvis (likely) vil have konkurrencebegrænsende virkninger.¹²⁷ Dens vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger er imidlertid ikke konsekvent.

Kommissionen anså i *Telekomunikacja Polska*, *Slovak Telekom*, *Motorola* og *Google* det for påkrævet at påvise adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger for at klassificere adfærden som misbrug. I alle fire sager foretog Kommissionen derfor en effektbaseret vurdering heraf for at konkludere, at adfærden udgjorde misbrug. Særligt *Google* inddrog en videregående effektbaseret vurdering, hvilket skal ses i sammenhæng med Kommissionens begrænsede vurdering af adfærden i lyset af retspraksis. I *Slovak Telekom* foretog Kommissionen desuden en, ikke-påkrævet videregående effektbaseret vurdering af kvantitative og kvalitative indikationer, der underbyggede konklusionen om potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.

I *Intel* anså Kommissionen det ikke for påkrævet at vurdere adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger, idet fundet af, at rabatterne udgjorde et loyalitetsbussystem, i sig selv var ”sufficient to find an infringement under Article [102]”. Alligevel foretog Kommissionen en effektbaseret vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger for at vise, at sagen ”deserve[s] its particular attention.”¹²⁸ Kommissionen anførte, at det generelt er nødvendigt at foretage denne vurdering, men at det blot ikke er påkrævet, når det kommer til loyalitetsrabatter,

¹²⁶ *Ibid.*, pkt. 317-324.

¹²⁷ *Intel (Kom)*, pkt. 923, *Telekomunikacja Polska*, pkt. 812, *OPCOM*, pkt. 172-173, *Motorola*, pkt. 308, *Slovak Telekom*, pkt. 1046, og *Google*, pkt. 339.

¹²⁸ *Intel (Kom)*, pkt. 925.

da disse formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger.¹²⁹

I *OPCOM* udtalte Kommissionen tilsvarende, at nationalitetsdiskrimination formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger. Kommissionen foretog i modsætning til i *Intel* ikke en supplerende effektbaseret vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger, men konkretiserede blot de antagne virkninger.

Kommissionen angav i *ARA* og *Baltic Rail* (i modsætning til i de forrige seks afgørelser) ikke, at en vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger var påkrævet. I *ARA* foretog den heller ikke en vurdering heraf. Dette skal dog formentlig ses i sammenhæng med, at virksomheden havde anerkendt misbruget. I *Baltic Rail* foretog Kommissionen alligevel en effektbaseret vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, førend den fandt, at adfærden udgjorde misbrug. Det må på denne baggrund antages, at Kommissionen også i *Baltic Rail* anså det for påkrævet at påvise adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.

Afgørelserne demonstrerer desuden en inkonsekvent anvendelse af udtrykkene 'egnet' (capable) og 'sandsynligvis' (likely), der begge er omfattet af udtrykket 'potentielle virkninger'.¹³⁰

1.3.2.1 Kommissionens todelte misbrugsvurdering

Gennemgangen af Kommissionens afgørelser efter *Håndhævelsesvejledningen* viser, at Kommissionen som udgangspunkt anser sig forpligtet til at foretage en effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle (dog ikke faktiske) konkurrencebegrænsende virkninger. Konkurrencebegrænsende virkninger bliver således ikke blot formodet, hvis adfærden opfylder de i retspraksis etablerede formalistiske betingelser for at udgøre en given misbrugstype.

En modifikation til dette udgangspunkt ses i *Intel* og *OPCOM*. Kommissionen formoder, at visse former for adfærd medfører konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgør misbrug. Såfremt Kommissionen – ud fra en vurdering af adfærdens form – kan påvise, at der er tale om adfærd, som formodes at medføre konkurrencebegrænsende virkninger, kan misbrug konstateres uden en vurdering af virkningerne. I afgørelserne ses dette at være tilfældet for loyalitetsrabatter og nationalitetsdiskrimination. I *Intel* vurderede Kommissionen dog alligevel de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, mens den ikke foretog en reel vurdering heraf i *OPCOM*.

¹²⁹ *Ibid.*, pkt. 923 (e.c.). Se desuden Ibáñez Colomo, P. 'Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal perspective on Article 102 TFEU Case Law' (2016) 53 Common Market Law Review 3, pp. 709–739, s. 714 ff.

¹³⁰ Se eksempelvis *Slovak Telekom*, afsnit 9, *Google*, afsnit 7.3, og *Baltic Rail*, afsnit 7.4.

På baggrund af *Intel* må det antages, at Kommissionen almindeligvis vil påvise adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger – selv hvis adfærden *prima facie* udgør misbrug. Dette gøres formentlig for at vise, at sagen udgør en håndhævelsesprioritet. Det forhold at Kommissionen ikke foretog en reel supplerende vurdering i *OPCOM* må efter vores opfattelse forklares med, at sagen vedrørte nationalitetsdiskrimination til skade for det indre marked.

Det må således forventes, at Kommissionen fremadrettet vil foretage en effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, uanset om Kommissionen anser dette for påkrævet eller ej. Det har Kommissionen også selv angivet at ville gøre.¹³¹

En fravigelse fra ovenstående ses i *ARA*, hvor Kommissionen ikke foretog en reel effektbaseret vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Fravigelsen må efter vores opfattelse forklares med, at virksomheden anerkendte misbruget, hvorfor det ville være ressourcespild at foretage en sådan vurdering.

På denne baggrund kan det konkluderes, at misbrugsvurderingen i Kommissionens forbudsafgørelser siden *Håndhævelsesvejledningen* involverer en todeltest. Først vurderes adfærden på baggrund af de i retspraksis etablerede formalistiske betingelser for den pågældende adfærdstype. Derefter vurderes det, om adfærden har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.¹³² Principielt er testens anden del ikke påkrævet at foretage for adfærdstyper, der formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger. Alligevel foretager Kommissionen i disse tilfælde også som udgangspunkt en vurdering af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, men vurderingen er i så fald supplerende.

1.3.3 Vurdering af virkninger på forbrugervelfærden

Håndhævelsesvejledningen forudsætter, at Kommissionen kun griber ind over for konkurrenceskadelig afskærmning, hvorved forstås afskærmende adfærd, som er til skade for forbrugerne.¹³³ Paradoksalt er *Intel* den eneste afgørelse, der eksplicit anvender begrebet, selv om vejledningen ikke fandt anvendelse i sagen.

Kommissionen har i ingen af afgørelserne anset en vurdering af de skadelige virkninger på forbrugervelfærden for påkrævet, men den har alligevel inddraget en

¹³¹ Se Generaldirektøren for GD Konkurrences tale Laitenberger, J. 'Accuracy and administrability go hand in hand', Bruxelles 12. december 2017, tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24en.pdf, s. 9.

¹³² Leveringsnægtelse adskiller sig herfra, idet vurderingen af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger er indeholdt i den formalistiske betingelse om, at adfærden sandsynligvis vil eliminere den effektive konkurrence.

¹³³ *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 19.

vurdering heraf i flere af afgørelserne. Vurderingen er dog ikke konsekvent på tværs af afgørelserne.

I *Intel* foretog Kommissionen en supplerende vurdering af adfærdens forbrugerskadelige virkninger for at demonstrere, at adfærden udgjorde konkurrenceskadelig afskærmning. Tilsvarende vurderede den i *Telekomunikacja Polska*, om leveringsnægtelsen ville medføre forbrugerskade. Det gjorde den for at bevise, at sagen udgjorde en håndhævelsesprioritet i henhold til vejledningen (og dermed indirekte om der forelå konkurrenceskadelig afskærmning). I *Slovak Telekom* foretog Kommissionen ligeledes en supplerende vurdering af, om de konkurrencebegrænsende virkninger var til skade for forbrugervelfærden. I denne sag gjorde den det for at vise, at virksomhedens argument om, at adfærden ikke var til skade for forbrugervelfærden, var ubegrundet.

Motorola og *Google* indeholdte ikke en supplerende vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden. Kommissionen underbyggede imidlertid vurderingen af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger med kvalificerede antagelser om specifikke forbrugerskadelige virkninger, men inddrog ikke kvalitative (og eventuelt kvantitative) beviser herfor.

OPCOM og *ARA* inkluderede ikke en vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden. Kommissionen nævnte således alene forbrugere midt i misbrugsanalysen, og det blev fremlagt således, at forbrugervelfærden hypotetisk kunne lide skade som følge af højere priser, om end det ikke var nærmere underbygget. I *Baltic Rail* behandlede Kommissionen slet ikke forbrugerskade – ikke engang indirekte. Den ikke-foretagne eller stærkt begrænsede vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden i *OPCOM*, *ARA* og *Baltic Rail* står i modsætning til de øvrige afgørelser. Det kan dog formentlig forklares med, at *OPCOM* og *Baltic Rail* vedrørte adfærd til skade for det indre marked, og at virksomheden i *ARA* havde anerkendt sit misbrug.

Det kan konkluderes, at Kommissionen ikke anser sig forpligtet til at vurdere virkningerne på forbrugervelfærden. I misbrugsvurderingen inddrager den alligevel som udgangspunkt en sådan vurdering. Det gøres enten gennem en selvstændig supplerende vurdering eller gennem tilkobling af kvalificerede om forbrugerskade på vurderingen af de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Intensiteten af vurderingen af skade på forbrugervelfærden er derfor varierende, idet nogle vurderinger alene baseres på antagelser, mens andre er underbygget med kvalitative (og eventuelt kvantitative) beviser som forudsat i *Håndhævelsesvejledningen*.

Inddragelsen af en sådan vurdering af forbrugerskadelige virkninger kan allerede ses i Kommissionens praksis fra før *Håndhævelsesvejledningen*, f.eks. i *Microsoft I* (2004) og *Telefónica* (2007).¹³⁴

Foretagelsen af en vurdering af adfærdens virkninger på forbrugervelfærden er principielt i overensstemmelse med *Håndhævelsesvejledningens* fokus på adfærd til skade for forbrugervelfærden. Det har imidlertid været uklart, om vejledningen stiller krav om påvisning af sandsynlig skade på forbrugervelfærden, eller om dette blot kan antages på baggrund af påviste potentielle konkurrencebegrænsende. Kommissionens praksis støtter begge tilgange, og ingen af de to har således vundet status som den korrekte på baggrund af praksis.

1.4 Effektivitetsgevinster

Kommissionens afgørelser anerkender principielt – i overensstemmelse med *Håndhævelsesvejledningen* – at effektivitetsgevinster kan retfærdiggøre misbrug. Effektivitetsforsvaret blev allerede implicit anerkendt i en række af Kommissionens afgørelser efter 2004, og dermed før Domstolen anerkendte det i *British Airways* (2007).¹³⁵ Kommissionen stiller i praksis de samme betingelser for effektivitetsgevinster, som er angivet vejledningen.¹³⁶ *Telekomunikacja Polska* og *Baltic Rail* henviste direkte til vejledningen herom, mens de øvrige afgørelser fremstår i overensstemmelse med vejledningens materielle indhold.

I *Intel*, *Motorola* og *Google* påstod virksomhederne, at deres adfærd kunne retfærdiggøres med, at den skabte effektivitetsgevinster, men ingen af virksomhederne havde succes hermed. Kommissionen afviste i *Intel* samtlige påberåbte effektivitetsgevinster med, at virksomheden ikke havde fremlagt tilstrækkeligt bevis for, at adfærden var egnet til at opnå de nødvendige gevinster.¹³⁷ Tilsvarende afviste Kommissionen i *Motorola*, at virksomheden havde bevist, at adfærden var nødvendig for at opnå de påberåbte gevinster, og at disse ville opveje adfærdens sandsynlige negative virkninger.¹³⁸ Endelig afviste Kommissionen de påberåbte gevinster i *Google* med den begrundelse, at virksomheden ikke havde dokumenteret

¹³⁴ "*Microsoft I (Kom)*": Kommissionens afgørelse af 24. marts 2004 i sag COMP/C-3/37.792 Microsoft, pkt. 693 ff., og "*Telefónica (Kom)*": Kommissionens afgørelse af 4. juli 2007 i sag COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, pkt. 543-618.

¹³⁵ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 187. Eksempler herpå er *Microsoft I (Kom)* (2004), *Tomra (Kom)* (2006) og *Telefónica (Kom)* (2007).

¹³⁶ *Motorola*, pkt. 480.

¹³⁷ *Intel (Kom)*, pkt. 1633-1639.

¹³⁸ *Motorola*, pkt. 482-491.

adfærdens nødvendighed for at opnå gevinsterne, samt at virksomheden ikke havde fremlagt tilstrækkeligt bevis for adfærdens sandsynlige gevinster, og at de ville opveje dens sandsynlige negative virkninger.¹³⁹

Effektivitetsgevinster er således blevet afvist af Kommissionen med henvisning til virksomhedernes manglende demonstration af de relevante betingelsers opfyldelse. Kommissionen foretog i denne forbindelse ikke en videregående behandling af de påberåbte gevinster. Dette indikerer, at Kommissionen fortolker betingelserne strengt, og at virksomhederne er pålagt en høj bevisbyrde vedrørende deres opfyldelse.

En forklarende årsag bag, at betingelserne ikke har været opfyldt i praksis, kunne tænkes at være, at Kommissionen reelt kun forfølger sager, hvor den på forhånd har konstateret, at der ikke findes effektivitetsgevinster. I så fald er det naturligt, at virksomhederne ikke har kunne løfte bevisbyrden. Hvis dette var tilfældet, burde Kommissionen imidlertid have påpeget i afvisningsafgørelser (eller pressemeddelelser om ophør af efterforskning), at der var identificeret effektivitetsgevinster, som opvejede de konkurrencebegrænsende virkninger, hvorfor den ikke vil forfølge pågældende sag. Dette er dog ikke tilfældet, hvorfor det næppe kan antages, at Kommissionen kun forfølger afgørelser, hvor effektivitetsgevinster ikke har relevans.¹⁴⁰

Ud fra Kommissionens praksis forekommer det således meget svært (hvis ikke umuligt) at retfærdiggøre misbrug med henvisning til effektivitetsgevinster. Der kan som følge heraf stilles spørgsmålstegn ved, om der er overensstemmelse mellem den teoretiske og den praktiske mulighed for at retfærdiggøre misbrug, idet der i praksis reelt ikke er mulighed herfor.¹⁴¹

¹³⁹ *Google*, pkt. 661-664 og 671.

¹⁴⁰ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 287.

¹⁴¹ *Ibid.*

2. EU-Domstolens retspraksis efter Håndhævelsesvejledningen

Vi vil i det følgende analysere udvalgte afgørelser fra EU-Domstolen afsagt efter *Håndhævelsesvejledningen*. Vi vil ikke inddrage samtlige afgørelser fra EU-Domstolen, idet vi fokuserer på de mest relevante afgørelser for besvarelse af problemformuleringen.

2.1 Dominansvurderingen

Dominansvurderingen har ikke været videre problematiseret i EU-Domstolens afgørelser efter *Håndhævelsesvejledningen*, og EU-Domstolen har fastholdt det traditionelle dominansbegreb som udviklet i *United Brands* og *Hoffman-La Roche*. Det ses i *France Télécom*, *Solvay*, *ICI*, *Deutsche Telekom*, *TeliaSonera*, *Telefónica*, *AstraZeneca* og *Tomra*.¹⁴²

2.1.1 Betydningen af markedsandele

EU-Domstolen fastholdte i *Solvay* (2010), *ICI* (2010), *Telefónica* (2012) og *AstraZeneca* (2012) princippet om, at “very large market shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position” samt AKZO-formodningen, hvorefter markedsandele på over 50 % anses for at være “very large”.¹⁴³ I *AstraZeneca* (som er den nyeste og eneste af de fire afgørelser, der er afsagt af Domstolen) anvendte Domstolen dog også det mere nuancerede begreb ‘markedsstyrke’.

I kontrast til de fire afgørelser udtalte Retten i fusionssagen *Cisco* (2013), at “high market shares are not necessarily indicative of market power”.¹⁴⁴ Konkret ville den fusionerede virksomhed opnå en markedsandel på 80-90 %. Dette må forstås

¹⁴² Sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 103, sag T-57/01, *Solvay*, pr. 275, sag T-66/01, *ICI*, pr. 254, sag C-280/09 P, *Deutsche Telekom*, pr. 170, sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 79, sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 147, sag C-457/10 P, *AstraZeneca*, pr. 175, og sag C-549/10 P, *Tomra*, pr. 38.

¹⁴³ Sag T-57/01, *Solvay*, pr. 277-278, sag T-66/01, *ICI*, pr. 256-257, sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 149-150, og sag C-457/10 P, *AstraZeneca*, pr. 176.

¹⁴⁴ Sag T-79/12, *Cisco*, pr. 69 og 74.

således, at høje markedsandele ikke kan udgøre mere end en indikator for dominans,¹⁴⁵ og det må gælde tilsvarende for dominansvurderingen under artikel 102. Sammenligneligt udtalte Retten i *AstraZeneca* (2010), at et konstant fald i markedsandele i perioden for det påståede misbrug ikke udelukkede dominans,¹⁴⁶ og i *Intel* (2014) angav den ligeledes, at faldende priser og konkurrentens stigende markedsandele heller ikke udelukkede misbrug (dog var dominans ikke omtvistet i sagen).¹⁴⁷

Begrebet 'markedsstyrke' har EU-Domstolen alene anvendt i tre domme om artikel 102 (*TeliaSonera* (2011) og *AstraZeneca* (2010 og 2012)).¹⁴⁸ Det blev anvendt af Retten i *AstraZeneca*, bl.a. ved dens udtalelse om, at virksomhedens høje markedsandel "was an entirely relevant indicator of its market power".¹⁴⁹ I appellen bekræftede Domstolen, at "the Commission, in its detailed analysis of the competitive conditions which took into account a range of factors, could rely specifically on [the undertaking's] generally very large market shares as an indicator of its market power".¹⁵⁰ Samtidig anførte Domstolen, at virksomhedens evne til at fastholde høje priser var et relevant moment i dominansvurderingen.¹⁵¹ I den præjudicielle afgørelse *TeliaSonera* blev Domstolen spurgt ind til, om graden af markedsstyrke er relevant for vurderingen af, om adfærden udgør misbrug, og den anvendte følgelig begrebet i sin besvarelse heraf.¹⁵²

På baggrund af ovenstående synes EU-Domstolen for det første ikke at have tilegnet sig det i *Håndhævelsesvejledningen* anvendte markedsstyrkebegreb henset til dets begrænsede anvendelse. For det andet synes den i en række afgørelser fra 2010-2012 ikke at have fulgt vejledningens nedtoning af betydningen af markedsandele. Udtalelsen i *Cisco* om, at selv meget høje markedsandele ikke i sig selv kan udgøre bevis for dominans står desuden alene. Domstolens afgørelse i *AstraZeneca* støtter den dog delvist, da virksomhedens store markedsandele blev anset for en "indicator of its market power".¹⁵³ Der er således grundlag for at antage, at EU-Domstolen har forladt opfattelsen om, at meget høje markedsandele i sig selv kan udgøre bevis for dominans, men at de derimod kan udgøre en stærk indikator herfor.

¹⁴⁵ Bergqvist, C., *Between Regulation and Deregulation* (Djof Forlag: 2016), s. 39.

¹⁴⁶ Sag T-321/05, *AstraZeneca*, pr. 242-254.

¹⁴⁷ Sag T-286/09, *Intel*, pr. 186.

¹⁴⁸ Resultat af søgning foretaget sidste gang den 28. maj 2018.

¹⁴⁹ Sag T-321/05, *AstraZeneca*, pr. 253.

¹⁵⁰ Sag C-457/10 P, *AstraZeneca*, pr. 177.

¹⁵¹ *Ibid.*, pr. 181, der bekræftede Rettens udtalelse i sag T-321/05, *AstraZeneca*, pr. 267.

¹⁵² Sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 19 og 78 ff.

¹⁵³ Sag C-457/10 P, *AstraZeneca*, pr. 177 (vores kursivering).

2.1.2 Betydningen af dominans for misbrugsvurderingen

Domstolen afviste i *TeliaSonera*, at der skulle gælde et 'superdominansbegreb', hvorfor der ikke fandtes "any variation in form or degree in the concept of a dominant position."¹⁵⁴ Domstolen udtalte imidlertid, at markedsstyrken som udgangspunkt har betydning for vurderingen af "the extent of the effects of the conduct".¹⁵⁵ Domstolen inddrog dermed dominans som en relevant faktor for vurderingen af graden af en adfærds potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.¹⁵⁶

I *Post Danmark II* (2015) fandt Domstolen, at det ikke var nødvendigt at anvende AEC-testen henset til bl.a. virksomhedens meget store markedsandele, der gjorde det praktisk umuligt, at der kunne eksistere en lige så effektiv konkurrent.¹⁵⁷ Ligeledes udtalte den, at graden af dominans er relevant under vurderingen af samtlige omstændigheder i forhold til, om rabatter har ekskluderende virkninger.¹⁵⁸ Endvidere tilføjede den, at det faktum at rabatsystemet dækkede størstedelen af kunderne på markedet (hvilket må forudsætte en høj markedsandel) "may constitute a useful indication as to the extent of that practice and its impact on the market, which may bear out the likelihood of an anticompetitive exclusionary effect." Ifølge *Post Danmark II* har graden af dominans således betydning for selve vurderingen af, om der foreligger misbrug. Dette tilføjer til *TeliaSonera*, at dominans ikke blot kan have betydning for graden, men også eksistensen af konkurrencebegrænsende virkninger. *Intel* (2017) bekræftede, at graden af dominans har betydning for, om adfærden er egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger, og dermed om der foreligger misbrug.¹⁵⁹

Det er således klart på baggrund af nyere retspraksis, at graden af dominans kan have betydning for misbrugsvurderingen, herunder både virkningerne og selve eksistensen af misbrug.

2.2 Misbrugsvurderingen

I det følgende analyseres en række afgørelser fra EU-Domstolen, i hvilken forbindelse afgørelsernes eventuelle generelle og tværgående betydning vil blive fremhævet.

¹⁵⁴ Sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 80.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pr. 81 (vores kursivering).

¹⁵⁶ Faull & Nikpay 2014, s. 485.

¹⁵⁷ Sag C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 59.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pr. 50.

¹⁵⁹ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 139.

2.2.1 Leveringsnægtelse

EU-Domstolens retspraksis om leveringsnægtelse inden *Håndhævelsesvejledningen* stillede krav om, at leveringsnægtelse skulle kunne lede til elimination af den effektive konkurrence, før det udgjorde misbrug. En effektbaseret vurdering var således inkorporeret i de formalistiske betingelser.

Efter vejledningen har EU-Domstolen kun taget stilling til leveringsnægtelse i få sager, idet de fleste sager ikke har vedrørt deciderede leveringsnægtelser, men lignende former for misbrug.¹⁶⁰ I *Clearstream* behandlede Retten en sag om decideret leveringsnægtelse inden for den finansielle sektor.

2.2.1.1 *Clearstream*

Retten tog i *Clearstream* (2009) stilling til, om virksomheden havde udøvet misbrug ved at nægte at udføre primære clearing- og afviklingsydelser for en værdipapircentral, der sammen med virksomhedens datterselskab var de eneste to internationale værdipapircentraler i EU på daværende tidspunkt.

Retten udtalte med henvisning til *Michelin II*, at det er tilstrækkeligt at bevise, at adfærden er egnet til at begrænse konkurrencen.¹⁶¹ Herefter gentog Retten de i retspraksis etablerede betingelser for, hvornår leveringsnægtelse udgør misbrug, herunder kravet om, at adfærden sandsynligvis vil føre til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence.¹⁶²

Kommissionen havde på baggrund af en kortfattet vurdering fundet, at virksomhedens nægtelse af at udføre clearing- og afviklingsydelser "hindered [the downstream competitor's] capacity to provide comprehensive, pan-European and innovative services", hvorfor innovationen, konkurrencen og ultimativt forbrugere led skade, og at adfærden derfor udgjorde misbrug.¹⁶³

Retten godkendte på baggrund af ovenstående, at adfærden kunne anses for misbrug. Det kan overvejes, om Retten stillede mindre (bevismæssige) krav til vurderingen af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger henset til formuleringen "hindered", idet retspraksis krævede, at adfærden sandsynligvis ville eliminere den effektive konkurrence. Afgørelsen må imidlertid ses i lyset af dens særlige kontekst. Konkurrenten var den eneste anden aktør på det paneuropæiske downstream-marked, hvorfor en hindring af dens tjenesteydelser ville have stor

¹⁶⁰ Et eksempel herpå er sag C-170/13, *Huawei* (2015), der omhandlede et patentkrænkelssøgsmål vedrørende virksomhedens SEP, og i hvilken forbindelse Retten udtalte, at sagen adskilte sig fra traditionelle sager om leveringsnægtelse, jf. pr. 48.

¹⁶¹ Sag T-301/04, *Clearstream*, pr. 144.

¹⁶² *Ibid.*, pr. 147-148.

¹⁶³ *Ibid.*, pr. 149.

betydning på markedet.¹⁶⁴ Under hensyn hertil og at Retten gengav kravet om “likely [elimination] of effective competition”,¹⁶⁵ lægges det til grund, at EU-Domstolen har fastholdt kravet om påvisning af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger i form af udelukkelse af den effektive konkurrence.

2.2.2 Tying

Inden *Håndhævelsesvejledningen* blev tying efter vores udlægning af *Microsoft* anset for *prima facie* at udgøre misbrug. EU-Domstolen har ikke behandlet nogen sager om tying siden *Microsoft*, der blev afsagt af Retten kort tid før vejledningens offentliggørelse.

2.2.3 Predatory pricing

Predatory pricing blev inden *Håndhævelsesvejledningen* anset for *prima facie* at udgøre misbrug, såfremt adfærdens opfyldte AKZO-testen. Siden vejledningen har EU-Domstolen taget stilling til predatory pricing i *France Télécom* (også kendt som *Wanadoo*) og et lignende misbrug i form af selektiv prisfastsættelse i *Post Danmark I*.

2.2.3.1 *France Télécom (Domstolen)*

Domstolen opretholdt i *France Télécom* (2009) Rettens afgørelse. Sagen omhandlede en virksomheds predatory pricing ved fastsættelse af priser for internet-tjenester væsentligt under AVC (indtil 2001) og efterfølgende under ATC med et prisniveau svarende til AVC. Domstolen gengav AKZO-testen og fandt, at adfærdens på baggrund af testen udgjorde misbrug.

Generaladvokat Mazák havde foreslået, at bevis for genindvinding af tab (recoupment) skulle udgøre en yderligere forudsætning for at fastslå, at der foreligger misbrug. Hans argument herfor var, at “the primary purpose of Article [102] is ... in particular to safeguard the interests of consumers – rather than to protect the position of particular competitors”.¹⁶⁶ Domstolen afviste imidlertid, at der skulle gælde et krav om påvisning af recoupment,¹⁶⁷ hvormed den modsat generaladvokaten ikke inddrog et hensyn til forbrugervelfærden.¹⁶⁸

Domstolen fandt således, at predatory pricing udgør misbrug, hvis det opfylder AKZO-testen, og at det ikke derudover er påkrævet at påvise adfærdens potentielle

¹⁶⁴ Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law* (Oxford University Press: 6. udgave 2016), s. 511.

¹⁶⁵ Sag T-301/04, *Clearstream*, pr. 148.

¹⁶⁶ Sag C-202/07 P, *France Télécom*, forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Mazák, pkt. 73-74.

¹⁶⁷ Sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 109-113.

¹⁶⁸ Zalewska-Glogowska, M., *The More Economic Approach under Article 102 TFEU: A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law* (Nomos: 2017), s. 153 ff.

konkurrencebegrænsende virkninger, herunder at adfærden er til skade for forbrugervelfærden.

2.2.3.2 *Post Danmark I*

Post Danmark I (2012) omhandlede Post Danmarks selektive prisfastsættelse, idet forskellige kunder blev tilbudt forskellige priser. Priserne tilbudt til Coop lå under ATC, men over AIC.¹⁶⁹ Højesteret forelagde Domstolen to præjudicielle spørgsmål, hvis hovedindhold angik, om prisfastsættelse mellem AIC og ATC kan udgøre misbrug, hvis virksomheden ikke har elimineringshensigt, og i så fald under hvilke omstændigheder.¹⁷⁰ Dommen blev afsagt af Domstolens Store Afdeling.

Domstolen udtalte, at artikel 102 ikke har til hensigt at beskytte konkurrenter mod eksklusion fra markedet, hvis de er mindre effektive end den dominerende virksomhed. Ikke enhver eliminering skader således den frie konkurrence, idet konkurrence på ydelser per definition kan medføre eksklusion af mindre effektive konkurrenter, som er mindre interessante for forbrugerne.¹⁷¹

Domstolen gengav herefter AKZO-testen og tilføjede, at Post Danmarks adfærd ikke faldt herindenfor, idet priserne var over AIC (og AVC), og der ikke forelå elimineringshensigt.¹⁷² Endvidere udtalte Domstolen, at prisdiskrimination ikke i sig selv udgør misbrug,¹⁷³ men at adfærden alligevel kan udgøre misbrug, hvis den medfører "an actual or likely exclusionary effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers' interests."¹⁷⁴ Det må henset til den generelle udtalelse forstås således, at adfærden (selv hvis den ikke opfyldte AKZO-testen) kunne have konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den førte til eksklusion af lige så effektive konkurrenter.

Domstolens generelle udtalelse om, at artikel 102 ikke beskytter mindre effektive konkurrenter indebærer desuden en væsentlig ændring af det generelle misbrugsbegreb. Tidligere praksis skelnede ikke mellem mindre og lige så effektive kon-

¹⁶⁹ 'Average incremental costs' (gennemsnitlige inkrementelle omkostninger) hvilket omfatter "de omkostninger, der skønnedes at falde bort på kort eller mellemlang sigt (tre til fem år), hvis Post Danmarks aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser faldt bort.", jf. den danske regerings skriftlige indlæg til sagen. AIC inkluderer således ud over AVC omkostninger til infrastruktur, personale m.v., der som 'common costs' relaterer sig til ydelserne.

¹⁷⁰ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 18.

¹⁷¹ *Ibid.*, pr. 21-22. Kommissionen henviste i den forbindelse til *TeliaSonera*, analogt.

¹⁷² *Ibid.*, pr. 27-29.

¹⁷³ *Ibid.*, pr. 30.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pr. 44 (vores kursivering).

kurrenter, men anså enhver eksklusion af konkurrenter som værende konkurrencebegrænsende, eftersom det skabte en svækkelse af konkurrencestrukturen.¹⁷⁵ *Post Danmark I* definerede i modsætning hertil ekskluderende misbrug som adfærd, der skader forbrugerne gennem eksklusion af *lige så* effektive konkurrenter. Dette er blevet udlagt som et stort skridt i retning mod tilegnelsen af en forbruger-velfærdsstandard.¹⁷⁶

2.2.3.3 Sammenfattende om predatory pricing (og selektiv prisfastsættelse)

EU-Domstolens tilgang til predatory pricing-sager har siden *AKZO* bestået i en formbaseret vurdering af prisniveauet og eventuel elimineringshensigt, hvorefter adfærden blev anset for *prima facie* at udgøre misbrug.

EU-Domstolen fastholdte denne tilgang i *France Télécom*. Såfremt *Post Danmark I* kan anvendes analogt for vurderingen af predatory pricing, medfører den en tilføjelse hertil. Det der gælder for prisfastsættelse mellem AIC og ATC, må nemlig antages at gælde tilsvarende mellem AVC og ATC.¹⁷⁷ *Post Danmark I* tilføjer således til vurderingen af predatory pricing, at bevis for faktiske eller sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger kan stå i stedet for bevis for elimineringshensigt under AKZO-testen.¹⁷⁸

2.2.4 Margin squeeze

Retten havde i *Deutsche Telekom* (2008) fastslået, at margin squeeze alene udgør misbrug, såfremt potentielle konkurrencebegrænsende virkninger påvises. Der gjaldt ifølge Retten således allerede inden *Håndhævelsesvejledningen* et krav om en effektbaseret vurdering. Siden vejledningens offentliggørelse har EU-Domstolen taget stilling til behandlingen af margin squeeze i *Deutsche Telekom* (appel), *TeliaSonera* og *Telefónica*, der alle vedrørte telekommunikationssektoren.

¹⁷⁵ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 278 f.

¹⁷⁶ Rousseva, E. & Marquis, M., 'Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU' (2013) 4 *Journal of European Competition Law & Practice* 1, pp. 32–50, s. 41 ff.

¹⁷⁷ Se f.eks. Rousseva, E. & Marquis, M., 'Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU' (2013) 4 *Journal of European Competition Law & Practice* 1, pp. 32–50, s. 36, og Edlin, A., 'Stopping Above-Cost Predatory Pricing' (2002) 111 *The Yale Law Journal* 4, pp. 941–991.

¹⁷⁸ Faull & Nikpay 2014, s. 408 f. og Rousseva, E. & Marquis, M., 'Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU' (2013) 4 *Journal of European Competition Law & Practice* 1, pp. 32–50, s. 36 f.

2.2.4.1 *Deutsche Telekom (Domstolen)*

Domstolens afgørelse i *Deutsche Telekom* (2010) bekræftede for det første, at margin squeeze udgør en selvstændig misbrugstype.¹⁷⁹ For det andet bekræftede Domstolen, at AEC-testen udgør den korrekte tilgang til at vurdere, om der foreligger margin squeeze.¹⁸⁰ Domstolen henviste i den forbindelse til retssikkerhedsprincippet, idet virksomheder derved ud fra egne omkostninger kan afgøre, om adfærden kan udgøre margin squeeze. Domstolen bekræftede for det tredje, at for at margin squeeze udgør misbrug, skal der foreligge en "exclusionary effect on competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking itself".¹⁸¹ Dette skal vurderes ud fra, om adfærden er egnet til at gøre det vanskeligt eller umuligt for disse konkurrenter at få adgang til markedet til skade for forbrugerne. Domstolen tilføjede for det fjerde, at hvis en virksomhed er nødsaget til at forhøje sine detailpriser for ikke at udøve margin squeeze, er det irrelevant, om forbrugerne (på kort sigt) lider skade herefter.¹⁸²

2.2.4.2 *TeliaSonera*

Domstolen belyste i den præjudicielle afgørelse *TeliaSonera*¹⁸³ (2011) principperne for misbrugsvurderingen for margin squeeze. I modsætning til i *Deutsche Telekom* var virksomheden i *TeliaSonera* ikke underlagt en befordringspligt, og det afgørende var, om adfærden alligevel kunne udgøre misbrug.

Domstolen fastholdte *Deutsche Telekom*s definition af margin squeeze som en selvstændig misbrugstype, eftersom det kan medføre eksklusion af lige så effektive konkurrenter.¹⁸⁴ Desuden fastholdte den, at vurderingen af margin squeeze skal foretages med udgangspunkt i virksomhedens egne omkostninger og priser, men såfremt det ikke er muligt, kan konkurrenters data anvendes.¹⁸⁵ Domstolen angav endvidere, at det var irrelevant, om virksomheden var underlagt befordringspligt, idet margin squeeze tillige adskiller sig fra leveringsnægtelse.¹⁸⁶

For så vidt angår nødvendigheden af at demonstrere adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger anførte Domstolen, at bevis herfor "does not necessarily

¹⁷⁹ Sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 183.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pr. 196-204.

¹⁸¹ *Ibid.*, pr. 253-255.

¹⁸² *Ibid.*, pr. 181.

¹⁸³ Sag C-52/09, *TeliaSonera*.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pr. 31-34.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pr. 41-46.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pr. 47-59.

have to be concrete, and it is sufficient to demonstrate that there is an anti-competitive effect which may potentially exclude competitors who are at least as efficient”.¹⁸⁷

Domstolen tilføjede, at i to tilfælde er konkurrencebegrænsende virkninger sandsynlige, og de behøver derfor ikke at blive demonstreret yderligere: (i) hvis ydelsen er uundværlig for konkurrenterne, og (ii) hvor ydelsen ikke er uundværlig, men forskellen (margenen) er negativ.¹⁸⁸ Disse to tilfælde er udtryk for en form-baseret tilgang, hvor konkurrencebegrænsende virkninger formodes. I øvrige tilfælde er en effektbaseret vurdering påkrævet.

2.2.4.3 *Telefónica*

Rettens afgørelse i *Telefónica* (2012) fulgte de etablerede principper i *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera*. Virksomhedens margin squeeze skulle således vurderes som selvstændig misbrugstype ved benyttelse af AEC-testen med udgangspunkt i virksomhedens egne omkostninger og priser.¹⁸⁹ Retten fandt i overensstemmelse med retspraksis, at Kommissionen havde påvist adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, idet den havde demonstreret, at adfærden “had probably reinforced the barriers to entry and expansion”, og hvis adfærden ikke havde været til stede, ville konkurrencen “have been likely to be more lively”.¹⁹⁰

Ved Domstolens behandling af *Telefónica* (2014) anførte den i overensstemmelse med *TeliaSonera*, at Kommissionen ikke skal påvise ydelsens uundværlighed, hvis adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger demonstreres på anden vis.¹⁹¹ Domstolen godkendte på denne baggrund Rettens konklusion om, at Kommissionen havde demonstreret, at adfærden sandsynligvis kunne udelukke lige så effektive konkurrenter.¹⁹²

2.2.4.4 *Sammenfattende om margin squeeze*

Det følger af EU-Domstolens praksis, at vurderingen af margin squeeze for det første skal foretages ud fra en AEC-test, hvorved det belyses, om adfærden muliggør, at lige så effektive konkurrenter på downstream-markedet kan konkurrere med virksomheden. EU-Domstolen etablerede denne vurdering ud fra et retssikkerhedssynspunkt, hvilket står i modsætning til *Post Danmark I*, der fastslog, at artikel 102 slet ikke har til formål at beskytte mindre effektive konkurrenter. *Deut-*

¹⁸⁷ *Ibid.*, pr. 64.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pr. 69-74.

¹⁸⁹ Sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 198-265.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pr. 276.

¹⁹¹ Sag C-295/12 P, *Telefónica*, pr. 118-119.

¹⁹² *Ibid.*, pr. 118-124.

sche Telekom og *TeliaSonera* lader dog også til implicit at inddrage et forbrugersyn, hvorved de kan anses for at have banet vejen for *Post Danmark I*.¹⁹³ Dette støttes af *Post Danmark I*'s analoge henvisning til *TeliaSonera*.¹⁹⁴

Retspraksis stiller desuden krav om påvisning af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket indebærer et krav om en effektbaseret vurdering. Retten afviste allerede i *Deutsche Telekom* (2008), at konstateringen af margin squeeze gennem en AEC-test i sig selv var tilstrækkeligt, og at det var nødvendigt at påvise adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Dette krav er imidlertid modificeret med *TeliaSonera*, idet konkurrencebegrænsende virkninger kan formodes i tilfælde, hvor ydelsen er uundværlig for konkurrenterne, eller forskellen (margenen) er negativ. EU-Domstolen synes således at forlade sig på en formbaseret tilgang i disse tilfælde, hvor adfærdens formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgør misbrug. I denne forbindelse skal dog bemærkes, at der i formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger ved en negativ margen er inkorporeret en generel effektbaseret vurdering af adfærdens evne til at virke konkurrencebegrænsende på baggrund af økonomisk teori (idet den svarer til AKZO-testens første led).

At ydelsens uundværlighed ikke er en forudsætning for, at margin squeeze udgør misbrug, står i modsætning til leveringsnægtelse. Det skaber, som påpeget af generaladvokat Mazák i *TeliaSonera*, en inkonsistent retsstilling, hvor en virksomhed lovligt kan nægte at levere ydelsen, men det kan være ulovligt at levere den mod en høj pris, der udgør margin squeeze.¹⁹⁵ Konkurrenter er nødvendigvis bedre stillet med at kunne købe ydelsen til høje priser end ved slet ikke at kunne købe den, hvorfor inkonsistensen er kritisabel.

2.2.5 Rabatter (og eksklusivitetsaftaler)

EU-Domstolen anså inden *Håndhævelsesvejledningen* eksklusivitetsaftaler og loyalitetsrabatter med samme virkning for *prima facie* at udgøre misbrug. I forhold til rabatter opererede den med to kategorier: kvantumsrabatter, der blev anset for *prima facie* at være lovlige, og loyalitetsrabatter, der blev anset for *prima facie* at udgøre misbrug. For at afgøre, om rabatter i sidstnævnte kategori var loyalitetsskabende (og dermed ulovlige), skulle 'samtlige omstændigheder' vedrørende deres karakteristika undersøges.

Siden *Håndhævelsesvejledningen* har EU-Domstolen i *Tomra*, *Post Danmark II* og *Intel* (både Retten og Domstolen) taget stilling til behandlingen af rabatter.

¹⁹³ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 278.

¹⁹⁴ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 22.

¹⁹⁵ Sag C-52/09, *TeliaSonera*, forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Mazák, pkt. 21-23.

2.2.5.1 *Tomra*

Tomra (2012) vedrørte retroaktive rabatter, og Domstolen fastholdte den tidligere praksis, hvorefter det er tilstrækkeligt at påvise rabatsystemets egnethed til at have konkurrencebegrænsende virkninger på baggrund af en formbaseret vurdering af samtlige omstændigheder vedrørende dets karakteristika.¹⁹⁶

I forlængelse heraf afviste Domstolen, at en omkostningsbaseret test (AEC-testen) skulle anvendes, da det ikke var påkrævet at påvise, at virksomheden som følge af rabatterne opkrævede negative priser. Domstolen anså det ikke for påkrævet at påvise, at adfærden kunne have potentielle konkurrencebegrænsende virkninger over for *lige så effektive* konkurrenter.¹⁹⁷ Dette stod i klar modsætning til *Post Danmark I*, der var blevet afsagt ca. tre uger før af Domstolens Store Afdeling, hvilket har ledt til kritik af *Tomra*.¹⁹⁸

På trods af *Post Danmark I* og *Håndhævelsesvejledningen* fastholdte *Tomra* den hidtidige formbaserede tilgang til loyalitetsrabatter. Konkurrencebegrænsende virkninger blev formodet på baggrund af rabatsystemets karakteristika.¹⁹⁹ Endvidere var det irrelevant, om adfærden ikke kunne virke konkurrencebegrænsende over for lige så effektive konkurrenter.

2.2.5.2 *Intel (Retten)*

Retten indledte sin afgørelse i *Intel* (2014) med en gengivelse af den etablerede retspraksis, hvorefter den uddybede fortolkningen heraf ved at kategorisere rabatter i tre grupper: kvantumrabatter, eksklusivitetsrabatter og rabatter henhørende under den tredje kategori.²⁰⁰

Retten anså kvantumrabatter for almindeligvis at være uproblematisk.²⁰¹ Modsat anså den eksklusivitetsrabatter som værende “incompatible with the objective of undistorted competition within the [internal] market”.²⁰² Dette begrundede den med, at eksklusivitetsrabatter “are by their very nature capable of restricting competition.”²⁰³ Den tredje rabatkategori omfattede ifølge Retten rabatter, der kan

¹⁹⁶ Sag C-549/10 P, *Tomra*, pr. 68 og 79.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pr. 73-78.

¹⁹⁸ Rousseva, E. & Marquis, M., ‘Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU’ (2013) 4 Journal of European Competition Law & Practice 1, pp. 32–50, s. 47 f.

¹⁹⁹ Bergqvist, C. (ed.), Where Do We Stand on Discounts – A Nordic Perspective (Ex Tuto Publishing: 2017), s. 81.

²⁰⁰ Sag T-286/09, *Intel*, pr. 74 ff.

²⁰¹ *Ibid.*, pr. 75.

²⁰² *Ibid.*, pr. 76-77.

²⁰³ *Ibid.*, pr. 85.

have en loyalitetsskabende virkning, og disse skal analyseres ud fra samtlige omstændigheder omkring adfærden.²⁰⁴

Rabatsystemet i sagen udgjorde ifølge Retten en eksklusivitetsrabat, hvorfor det ikke var påkrævet at demonstrere dets potentielle udelukkelsesvirkninger.²⁰⁵ Retten påpegede desuden, at det ikke var påkrævet at påvise, at adfærden forårsagede forbrugerskade.²⁰⁶

Retten afgørelse bekræftede Kommissionens opfattelse, hvorefter konklusionen om en eksklusivitetsrabats ulovlighed ikke forudsatte en nærmere analyse af adfærdens virkninger, og at en effektbaseret vurdering (herunder en AEC-test) derfor ikke var påkrævet.²⁰⁷ Retten tilføjede mere generelt, at AEC-testen heller ikke var nødvendig under den tredje rabatkategori, idet "it is sufficient to demonstrate the existence of a loyalty mechanism."²⁰⁸ Desuden anførte Retten, at AEC-testen kun er relevant ved prismisbrug, og at det ved eksklusivitetsrabatter ikke er prisen, men eksklusiviteten, der medfører konkurrencebegrænsende virkninger.²⁰⁹

Retten dom i *Intel* er udtryk for en formbaseret tilgang til rabatter, der alene fokuserer på deres karakteristika og ikke deres virkninger. Dette gør sig særligt gældende for eksklusivitetsrabatter, idet Retten anså disse for i sig selv at udgøre misbrug, hvis blot eksklusivitet blev påvist. Selv i forhold til rabatter henhørende under den tredje rabatkategori stillede Retten alene krav om, at der kunne påvises en loyalitetsmekanisme ud fra en vurdering af samtlige omstændigheder omkring rabatsystemets form. Selv i dette tilfælde blev adfærden således anset for *prima facie* at udgøre misbrug, om end på baggrund af en mere vidtgående vurdering af adfærdens form, og om den dermed skabte loyalitet.

Afgørelsen blev kritiseret heftigt i litteraturen for ikke at inddrage et hensyn til forbrugervelfærden og afvise et krav om påvisning af adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger, idet rabatter kan have mange konkurrencefremmende virkninger, samt for at sidestille eksklusivitetsaftaler og -rabatter, idet sidstnævnte bør

²⁰⁴ *Ibid.*, pr. 78.

²⁰⁵ *Ibid.*, pr. 80.

²⁰⁶ *Ibid.*, pr. 102-105.

²⁰⁷ *Ibid.*, pr. 143.

²⁰⁸ *Ibid.*, pr. 144-146.

²⁰⁹ *Ibid.*, pr. 152.

vurderes ud fra deres prisrelaterede virkninger.²¹⁰ Enkelte har dog støttet op om afgørelsens formbaserede tilgang.²¹¹

2.2.5.3 *Post Danmark II*

Sø- og Handelsretten forelagde i *Post Danmark II* (2015) en række spørgsmål til Domstolen om bl.a., efter hvilke retningslinjer det skulle afgøres, om virksomhedens standardiserede rabatsystem udgjorde misbrug, og hvilken betydning AEC-testen havde herfor. Endvidere spurgte retten, hvor sandsynlig og alvorlig den konkurrencebegrænsende virkning skal være, samt hvilke omstændigheder der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et rabatsystem har eller er egnet til at have en markedsafskærmende virkning.²¹²

Generaladvokat Kokott indskærpede i sit forslag til afgørelse, at Domstolen skulle være påpasselig med at lade sig påvirke af tidsånden ("Zeitgeist") eller forgængelige modefænomener, hvorved hun refererede til the more economic approach. Domstolen burde ifølge Kokott falde tilbage på retsgrundlaget, hvorpå artikel 102 hviler, og som følge heraf fastholde en formbaseret tilgang.²¹³ Desuden afviste hun, at der skulle gælde et krav om, at AEC-testen skal anvendes på alle former for prismisbrug.

Domstolen anførte, at kvantumrabatter principielt ikke er i strid med artikel 102, hvorimod loyalitetsrabatter (hvad Retten i *Intel* havde kaldt eksklusivitetsrabatter) udgør misbrug.²¹⁴ Den indsnævrede imidlertid kategorien for kvantumrabatter, hvorefter denne kun omfattede simple mængderabatter, som knytter sig til købsmængden på den enkelte ordre.²¹⁵ Da virksomhedens standardiserede, retroaktive rabatsystem faldt udenfor disse to kategorier, var det påkrævet at tage samtlige

²¹⁰ Se f.eks. Rey, P. & Venit, J.S., 'An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils' (2015) 38 *World Competition* 1, pp. 3–30, Ahlborn, C. & Piccinin, D., 'The Intel judgement and consumer welfare – a response to Wouter Wils' (2015) 1 *Competition Law & Policy Debate* 1, pp. 60–75, Peepkorn, L., 'Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates' (2015) 1-2015 *Concurrences*, pp. 43–63 og Sher, B., 'Keep Calm – Yes; Carry on – No! A Response to Whish on Intel' (2015) 6 *Journal of European Competition Law & Practice* 4, pp. 219–220.

²¹¹ Se f.eks. Wils, W.P.J., 'The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance' (2014) 37 *World Competition* 4, pp. 405–434 og Whish, R., 'Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!' (2015) 6 *Journal of European Competition Law & Practice* 1, pp. 1–2.

²¹² Sag C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 20.

²¹³ Sag C-23/14, *Post Danmark II*, forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, pkt. 4.

²¹⁴ Sag C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 27.

²¹⁵ *Ibid.*, pr. 28.

omstændigheder i betragtning.²¹⁶ *Post Danmark II* lod dermed til at bekræfte Rettens kategorisering af rabatter i *Intel* ved implicit at sige, at adfærden faldt under den tredje rabatkategori. Domstolen udvidede imidlertid vurderingen af 'samtlige omstændigheder', som skulle foretages i forhold til denne kategori, idet den anførte, at graden af dominans, de særlige konkurrencebetingelser på markedet m.v. skulle inddrages.²¹⁷

Domstolen anførte om AEC-testen, at der ikke gælder en retlig forpligtelse til at anvende den, idet testen "must be regarded as one tool amongst others".²¹⁸ AEC-testen var ikke relevant i sagen, idet markedsstrukturen gjorde det praktisk umuligt, at der kunne opstå en lige så effektiv konkurrent, og eftersom tilstedeværelsen af en mindre effektiv konkurrent kunne intensivere konkurrencepresset på et marked som det omhandlede.²¹⁹ Opfyldelse af AEC-testen udelukker således ikke misbrug ifølge *Post Danmark II*.

Vedrørende påvisning af konkurrencebegrænsende virkning udtalte Domstolen, at alene adfærd, som sandsynligvis vil have konkurrencebegrænsende virkninger, udgør misbrug.²²⁰ Vurderingen heraf skal foretages ud fra samtlige omstændigheder, hvilket tilsigter at afgøre, hvorvidt konkurrenter faktisk eller sandsynligvis udelukkes til skade for konkurrencen.²²¹ Kravet om påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger lå således ifølge Domstolen inden for selve vurderingen af 'samtlige omstændigheder'. Herefter anførte Domstolen, at på grund af den dominerende virksomheds stilling var konkurrencestrukturen allerede svækket, hvorfor enhver yderligere begrænsning heraf udgjorde misbrug. Der gjaldt ifølge Domstolen derfor ingen *de minimis*-grænse under artikel 102.²²²

Hvorvidt *Post Danmark II* støtter en effektbaseret vurdering af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger er uklart. Afgørelsen bekræfter relevansen af effektovervejelser for rabatter, men stiller ikke et absolut krav om påvisning heraf.²²³ Den er som følge heraf blevet udlagt af nogle som en fremgang

²¹⁶ *Ibid.*, pr. 29.

²¹⁷ *Ibid.*, pr. 30.

²¹⁸ *Ibid.*, pr. 57 og 61.

²¹⁹ *Ibid.*, pr. 59-60.

²²⁰ *Ibid.*, pr. 67.

²²¹ *Ibid.*, pr. 68-69.

²²² *Ibid.*, pr. 70-74.

²²³ Bergqvist, C. (ed.), *Where Do We Stand on Discounts – A Nordic Perspective* (Ex Tuto Publishing: 2017), s. 78.

og af andre som en tilbagegang fra et effektbaseret-synspunkt.²²⁴ Vi udlægger afgørelsen som en tilbagegang fra *Post Danmark I*, men en fremgang fra tidligere retspraksis om rabatter (*Michelin II*, *British Airways* og *Tomra*).

Fremgangen består i, at vurderingen af 'samtlige omstændigheder' ikke blot skal inddrage rabatsystemets karakteristika, men tillige omstændigheder, der har relevans for dets virkninger. Konkurrencebegrænsende virkninger kan således ikke blot formodes på baggrund af rabatternes karakteristika, men det er også nødvendigt at inddrage deres sandsynlige indvirkning på markedet gennem analyse af faktorer, der har betydning herfor. *Post Danmark II* er som følge heraf blevet udlagt som effektbaseret af Ibáñez Colomo.²²⁵ Afgørelsen er dog også blevet kritiseret af bl.a. Venit for ikke at foretage en tilstrækkelig effektbaseret vurdering, idet de yderligere faktorer alene *forstærker* konklusionen om rabatternes 'suction effect' på baggrund af deres karakteristika. De yderligere faktorer siger derimod intet om rabatternes faktiske eller sandsynlige virkninger, og der mangler kvantitative beviser for at fastslå disse, hvorfor der ikke er tale om en effektbaseret vurdering.²²⁶ Det er i forlængelse heraf problematisk, at AEC-testen ikke er påkrævet at anvende, men blot anses som et instrument blandt flere.

Selv om der er tvivl om flere elementers betydning, er *Post Danmark II* utvivlsomt et skridt tilbage på andre områder, herunder særligt sammenholdt med *Post Danmark I*. For det første lå afgørelsens fokus ikke på forbrugervelfærden, men derimod på ordoliberal begreber såsom køberens frie valg, konkurrenternes adgang til markedet m.v. For det andet afvistes en *de minimis*-grænse. For det tredje fik

²²⁴ Zalewska-Glogowska, M., *The More Economic Approach under Article 102 TFEU: A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law* (Nomos: 2017), s. 165, og Ibáñez Colomo, P., 'Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal perspective on Article 102 TFEU Case Law' (2016) 53 *Common Market Law Review* 3, pp. 709–739, s. 733, udlægger afgørelsen som støttende for en effektbaseret tilgang. Venit, J.S., 'Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning' (2016) 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 3, pp. 165–179, s. 169 ff., og Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 279 ff., udlægger modsat afgørelsen som en fastholdelse af en formbaseret tilgang til rabatter og afvisning af en mere økonomisk tilgang.

²²⁵ Ibáñez Colomo, P., 'Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFEU' (2016) 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 2, pp. 113–115, s. 114.

²²⁶ Venit, J.S., 'Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning' (2016) 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 3, pp. 165–179, s. 169 ff.

AEC-testen en mindre betydningsfuld rolle end i *Post Danmark I*.²²⁷ Derudover blev det angivet, at eksklusion af mindre effektive konkurrenter kan udgøre misbrug, hvis de kan udgøre et konkurrencemæssigt pres, men uden der blev stillet krav om påvisning af, at tilstedeværelsen af en mindre effektiv konkurrent kunne intensivere konkurrencepresset

2.2.5.4 *Intel (Generaladvokat Wahl)*

Generaladvokat Wahl anbefalede i sit forslag til afgørelse i *Intel* (2016) at hjemvise sagen til Retten. Han indledte sit forslag med at anføre, at EU-konkurrenceretten ikke har til formål at beskytte konkurrenter, men at den "aims, in the final analysis, to enhance efficiency", hvorfor kun adfærd "to the detriment of competition and, thus, to consumers is prohibited".²²⁸

Wahl mente, at både rabatter betinget af eksklusivitet og andre loyalitetsskabende rabatter skal vurderes på baggrund af 'samtlige omstændigheder' under hensyn til deres potentielle konkurrencefremmende virkninger.²²⁹ Der kunne ifølge Wahl kun opereres med to kategorier af rabatter: kvantumrabatter og loyalitetsrabatter. Sidstnævnte skulle behandles som "a near equivalent to a restriction by object under Article 101 TFEU", hvormed "the legal and economic context of the impugned conduct must first be examined so as to exclude any other explanation for that conduct."²³⁰ Wahl anså således loyalitetsrabatter for at henhøre under noget svarende til 'objectkategorien' under artikel 101. Det vil sige, at rabatterne anses for *prima facie* at udgøre misbrug, men en undersøgelse af 'samtlige omstændigheder' omkring rabatterne er nødvendig for at bekræfte formodningen. Hvor formodningen ikke kan bekræftes, er det nødvendigt at undersøge rabatternes konkurrencebegrænsende virkninger.²³¹ Dette stod ifølge Wahl i modsætning til kvantumrabatter, som kun kan blive fundet ulovlige på baggrund af en "full examination of their actual or potential effects."²³² En sådan behandling svarer til noget lig 'effectkategorien' under artikel 101.

2.2.5.5 *Intel (Domstolen)*

I *Intel* (2017) tog Domstolens Store Afdeling stilling til de materielle spørgsmål i sagen på blot 18 præmisser og hjemviste på denne baggrund sagen til Retten.²³³ Domstolen indledte med at gengive udtalelsen fra *Post Danmark I* om, at artikel

²²⁷ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 280.

²²⁸ Sag C-413/14 P, *Intel*, forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, pkt. 41-42.

²²⁹ *Ibid.*, pkt. 90 og 100.

²³⁰ *Ibid.*, pkt. 80-82.

²³¹ *Ibid.*, pkt. 114-120.

²³² *Ibid.*, pkt. 81 (vores kursivering).

²³³ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 129-146.

102 ikke har til formål at beskytte mindre effektive konkurrenter, hvorfor konkurrence på ydelser per definition kan føre til eksklusion af mindre effektive konkurrenter, hvilke er mindre interessante for forbrugerne.²³⁴ Derefter gentog Domstolen den etablerede praksis, hvorefter eksklusivitetsaftaler og loyalitetsrabatter betinget af eksklusivitet udgør misbrug.

Det afgørende i afgørelsen fulgte dernæst, hvilket er tydeliggjort med udtalelsen: “that case-law must be further clarified”.²³⁵ En sådan eksplicit korrektion af tidligere retspraksis ses meget sjældent i EU-Domstolens praksis.²³⁶ I *Keck* (en ledende dom vedrørende artikel 34 TEUF) udtalte Domstolen tilsvarende, at det var “necessary to re-examine and clarify its case-law on this matter”,²³⁷ hvorefter den skabte en markant ændring af retspraksis.

Præciseringen angik den situation, hvor “the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.”²³⁸ I et sådan tilfælde er Kommissionen forpligtet til at undersøge (i) graden af dominans, (ii) rabatternes markedsdækning, (iii) betingelserne og reglerne for rabattildeling, (iv) rabatternes varighed og størrelse samt (v) eksistensen af en eventuel udelukkelsesstrategi rettet mod lige så effektive konkurrenter.²³⁹ Formålet med denne undersøgelse er at vurdere rabatsystemets egnethed til at have konkurrencebegrænsende virkninger.

Derudover udtalte Domstolen, at hvis Kommissionen har foretaget en undersøgelse heraf (uanset om det har været påkrævet), påhviler det Retten at undersøge alle virksomhedens argumenter, der rejser tvivl om rabatsystemets egnethed til at have konkurrencebegrænsende virkninger.²⁴⁰ Eftersom Kommissionen i sagen havde foretaget en supplerende vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger, der inkluderede en AEC-test, og denne var blevet udfordret af virksomheden ved Retten, var Retten forpligtet til at undersøge alle virksomhedens argumenter herom.²⁴¹

Domstolens afgørelse i *Intel* er et stort skridt i retning mod en justering af artikel 102 til the more economic approach. For det første bekræftede afgørelsen *Post*

²³⁴ *Ibid.*, pr. 134-135.

²³⁵ *Ibid.*, pr. 138.

²³⁶ Tvarnø, C.D. & Nielsen, R., *Retskilder og retsteorier* (Djøf Forlag: 5. udgave 2017), s. 157.

²³⁷ Forenede sager C-267/91 og C-268/91, *Keck*, pr. 14.

²³⁸ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 138.

²³⁹ *Ibid.*, pr. 139.

²⁴⁰ *Ibid.*, pr. 141.

²⁴¹ *Ibid.*, pr. 142-146.

Danmark I's generelle udtalelse om, at artikel 102 beskæftiger sig med eksklusion af lige så effektive konkurrenter under hensyn til forbrugerne. *Intel* gik endda videre end *Post Danmark I*, idet førstnævnte (modsat sidstnævnte) ikke samtidig refererede til tidligere sager såsom *British Airways* og *France Télécom*, der er udtryk for en anden opfattelse.²⁴²

For det andet fastslog *Intel*, at selv om loyalitetsrabatter *prima facie* udgør misbrug, idet de formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger, kan virksomheden tilbagevise denne formodning. I så fald vil Kommissionen være nødsaget til at demonstrere, at adfærden reelt er egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger (det vil sige ekskludere lige så effektive konkurrenter) på baggrund af faktorerne anført i præmis 139.²⁴³ Disse faktorer har stort set materiel overensstemmelse med *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 20, vedrørende vurderingen af konkurrenceskadelig afskærmning.

Misbrugsvurderingen for loyalitetsrabatter tilnærmer sig dermed tilgangen under artikel 101, idet *prima facie*-formodningen svarer til noget lignende 'objectkategorien'.²⁴⁴ Det er imidlertid uklart, hvilke beviskrav der stilles til virksomhedens tilbagevisning af formodningen,²⁴⁵ samt i hvilket omfang Kommissionen skal påvise konkurrencebegrænsende virkninger, såfremt formodningen tilbagevises.²⁴⁶

I forhold til kategoriseringen af rabatter forholdte Domstolen sig ikke eksplicit til Rettens (eller Wahls) kategorisering, idet den alene beskæftigede sig med loyalitetsrabatter (hvad Retten kaldte eksklusivitetsrabatter). *Intel* lader dog til implicit at bekræfte Rettens kategorisering, hvorved der findes tre kategorier af rabatter.

2.2.5.6 Sammenfattende om rabatter (og eksklusivitetsaftaler)

Retspraksis vedrørende rabatter har undergået en markant forandring siden *Michelin II* og *British Airways*. EU-Domstolen lader nu til at opdele behandlingen af

²⁴² Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), tilgængelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086402, s. 13-15.

²⁴³ Ibáñez Colomo, P., 'The future of Article 102 TFEU after Intel' (2018) Journal of European Competition Law & Practice (18. april 2018), s. 10.

²⁴⁴ Rato, M. & Davilla, M., 'The court's ruling in Intel: Towards a modern application of Article 102 TFEU based on sound economic principles' (2018) 1-2018 Concurrences, pp. 23-28, s. 24, Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), og Ibáñez Colomo, P., 'The future of Article 102 TFEU after Intel' (2018) Journal of European Competition Law & Practice (18. april 2018), s. 12 ff.

²⁴⁵ Ibáñez Colomo, P., 'The future of Article 102 TFEU after Intel' (2018) Journal of European Competition Law & Practice (18. april 2018), s. 10.

²⁴⁶ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 10.

rabatter i tre kategorier. Kvantumrabatter (første rabatkategori) anses fortsat for *prima facie* at være lovlige.

I forhold til den tredje rabatkategori forlod Domstolen sig i *Tomra* på en formbaseret vurdering af rabatsystemets karakteristika, og den skelnede ikke mellem lige så effektive og mindre effektive konkurrenter. Vurderingen blev med *Post Danmark II* udvidet til at omfatte andre omstændigheder end selve rabatsystemets form, hvorved vurderingen blev mere egnet til at belyse rabatternes virkninger. I *Intel* lod Domstolen til (på trods af at den ikke adresserede denne form for rabatter) at bekræfte og videreudvikle denne forståelse af 'samtlige omstændigheder', svarende til hvad Kommissionen skal vurdere, hvis *prima facie*-formodningen for loyalitetsrabatter tilbagevises.

Behandlingen af loyalitetsrabatter (anden rabatkategori) er med *Intel* blevet væsentligt ændret. Formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger kan nu tilbagevises af virksomheden, hvorefter Kommissionen må foretage en videregående vurdering af 'samtlige omstændigheder' med henblik på at fastslå rabatternes evne til at udelukke lige så effektive konkurrenter. Den vurdering Kommissionen skal foretage, hvis formodningen tilbagevises, må antages at svare til vurderingen, der skal foretages under tredje rabatkategori.

Intel skaber således et 'framework' for behandlingen af loyalitetsrabatter, idet formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger kan drages i tvivl af virksomheden, hvorefter Kommissionen er nødsaget til at påvise de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Det er vores opfattelse, at hvis *prima facie*-formodningen tilbagevises, skal rabatterne behandles som adfærd, hvor der stilles krav om påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger.

I forhold til eksklusivtetaftaler må det antages, at der for disse gælder det samme som for loyalitetsrabatter. Domstolen fastslog i *Hoffman-La Roche*, at eksklusivtetaftaler og rabatter betinget af eksklusivitet var udtryk for det samme, og at de i sig selv udgjorde misbrug.²⁴⁷ Domstolens henviste hertil, da den i *Intel* udtalte "that case-law must be further clarified". Det må derfor lægges til grund, at *Intels* framework finder tilsvarende anvendelse for eksklusivtetaftaler.

Spørgsmålet bliver herefter, om frameworket kan udvides til andre adfærdsformer, hvor konkurrencebegrænsende virkninger formodes.

²⁴⁷ Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, pr. 89.

2.2.6 Kan Intel-frameworket udvides til andre misbrugsformer?

Domstolen fremstår ikke alene at have fokuseret på rabatter ved formuleringen af frameworket, men synes derimod at have udtalt sig mere generelt om ekskluderende misbrug.²⁴⁸ Det er på denne baggrund oplagt at vurdere, om frameworket kan udvides til anden ekskluderende adfærd, der formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger. Ibáñez Colomo antager, at tilgangen i hvert fald kan udvides til predatory pricing og tying.²⁴⁹ Petit finder tilsvarende, at tilgangen kan udvides til al anden ekskluderende misbrug end diskrimination og non-market strategies.²⁵⁰

Generaladvokat Wathelet udtrykte i sit forslag til afgørelse i *Orange Polska* (2018) (appellen af *Telekomunikacja Polska* om processuelle spørgsmål), at frameworket kan udvides til andre områder. Han udtalte, at "the principles adopted by the Court of Justice in [*Intel*] in order to assess an abusive practice's 'capability to restrict' are relevant, not only when it is a matter of challenging the *substantive finding of an infringement* ... but also when it is a matter of assessing the *nature and gravity of the infringement* for the purposes of determining the amount of the fine".²⁵¹ Wathelets udtalelse må forstås således, at frameworket kan udvides til andre former for misbrug, og at det endda også har betydning for fastlæggelsen af grovheden af misbruget vedrørende andre misbrugsformer.

Intel-frameworket må på baggrund af ovenstående antages at kunne udvides til (de fleste) af de former for adfærd, hvor konkurrencebegrænsende virkninger formodes på baggrund af adfærdens form og som dermed *prima facie* udgør misbrug.

2.2.7 Vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger

2.2.7.1 Opdeling af adfærd i object- og effectkategorien

Post Danmark II og *Intel* synes at antyde, at der under artikel 102 gælder en opdeling af adfærd i to kategorier: adfærd der har til *formål* ('object') eller til *følge* ('effect') at begrænse konkurrencen. Dette svarer til opdelingen af konkurrencebegrænsende aftaler under artikel 101.²⁵² Denne opdeling af misbrugsadfærd blev

²⁴⁸ Sag C-413/14 P, *Intel*, f.eks. pr. 134, 136, 138 og 139.

²⁴⁹ Ibáñez Colomo, P., 'The future of Article 102 TFEU after Intel' (2018) *Journal of European Competition Law & Practice* (18. april 2018), s. 10.

²⁵⁰ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 16 ff.

²⁵¹ Sag C-123/16 P, *Orange Polska*, forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet, pkt. 79 (vores kursivering).

²⁵² Zalewska-Glogowska, M., *The More Economic Approach under Article 102 TFEU: A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law* (Nomos: 2017), s. 165, Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law* (Oxford University Press: 6. udgave 2016), s. 469, og Bergqvist 2017, s. 90.

allerede påpeget af Lundqvist og Ølykke i 2013 på baggrund af *Post Danmark I*.²⁵³ Opdelingen synes ikke kun at gælde for EU-Domstolens behandling af rabatter, men for behandlingen af ekskluderende adfærd generelt.

Adfærd under 'objectkategorien' udgør *prima facie* misbrug. Der stilles ikke krav om påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger, idet disse formodes, såfremt de formalistiske betingelser vedrørende den enkelte adfærdstype er opfyldt. For adfærd under 'effectkategorien' skal potentielle konkurrencebegrænsende virkninger modsat påvises, før adfærden udgør misbrug. Vi vil i den resterende del af opgaven bruge begreberne 'objectkategorien' og 'effectkategorien' som udtryk for de to måder, hvorpå adfærd behandles i retspraksis.

Der er endvidere grundlag for at udvide Intel-frameworket til som udgangspunkt at finde anvendelse på alle former for ekskluderende adfærd under objectkategorien og ikke alene loyalitetsrabatter. Dette medfører, at formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger kan tilbagevises af virksomheden, hvorefter Kommissionen må påvise potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Efter vores opfattelse skal adfærd under objectkategorien i sådanne tilfælde behandles på samme vis som under effectkategorien.

EU-Domstolens retspraksis lader ikke alle adfærdstyperne rubricere kategorisk under objectkategorien henholdsvis effectkategorien. De kan på baggrund af afhandlingens analyse rubriceres således:

- *Leveringsnægtelse* falder under effectkategorien ifølge *Clearstream*, der bekræfter tidligere retspraksis, idet der stilles krav om elimination af enhver effektiv konkurrence.
- *Tying* falder under objectkategorien ifølge *Microsoft*, idet opfyldelse af de formalistiske betingelser i sig selv udgør bevis for konkurrencebegrænsende virkninger (der er dog ikke afsagt afgørelser om tying siden 2007).
- *Predatory pricing* (og *selektiv prisfastsættelse*) kan falde under både object- og effectkategorien. Det følger af *France Télécom* (der bekræfter *AKZO*), at prisfastsættelse under AVC henholdsvis mellem AVC og ATC kombineret med elimineringshensigt falder under objectkategorien. Er der ingen elimineringshensigt skal prisfastsættelse mellem AVC og ATC vurderes under effectkategorien ifølge *Post Danmark I*.
- *Margin squeeze* kan tilsvarende falde under både object- og effectkategorien. Ifølge *TeliaSonera* og *Telefónica* forudsættes (som teoretisk udgangspunkt)

²⁵³ Lundqvist, B. & Ølykke, G.S., 'Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court: clarification of the selective low pricing abuse and perhaps the embryo of a new test under Article 102 TFEU?' (2017) 34 European Competition Law Review 9, pp. 484–489, s. 488 f.

påvisning af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, hvorved adfærden falder under effectkategorien. Der gælder dog to praktisk vigtige modifikationer hertil, idet konkurrencebegrænsende virkninger formodes, hvis inputtet er uundværligt, eller marginen er negativ, hvorved adfærden falder under objectkategorien.

- *Rabatter* kan også falde under både object- og effectkategorien. Ifølge *Intel* og *Post Danmark II* falder *loyalitätsrabatter* (anden rabatkategori) under objectkategorien, idet de formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger. Det gælder tilsvarende for *eksklusivitetsaftaler*. *Rabatter henhørende under den tredje rabatkategori*, som kan virke loyalitetsskabende, falder under effectkategorien, idet potentielle konkurrencebegrænsende virkninger skal påvises. Det samme gælder for *kvantumrabatter* (første rabatkategori), om end der for disse gælder en klar formodning om, at de ikke har konkurrencebegrænsende virkninger.

2.2.7.2 Påvisning af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger

Det er klart, at de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger skal påvises gennem en effektbaseret analyse i den konkrete sag, og at det ikke er påkrævet at påvise de faktiske virkninger. Det er imidlertid uklart, hvad konkurrencebegrænsende virkninger består i. Ifølge *Post Danmark I* og *Intel* består konkurrencebegrænsende virkninger i udelukkelse af lige så effektive konkurrenter. Modsat fastslog *Post Danmark II*, at artikel 102 under særlige omstændigheder også forbyder eksklusion af mindre effektive konkurrenter, hvis de kan udøve et konkurrencepres til gavn for forbrugervelfærden.²⁵⁴ Retspraksis er således ikke klar på, hvorvidt artikel 102 alene beskytter lige så effektive konkurrenter, og om eksklusion af disse derfor skal påvises. Hvorvidt artikel 102 (også) beskytter mindre effektive konkurrenter diskuteres i afsnit 3.3.3.3. Ydermere fremstår det uklart, om adfærden skal være *egnet til* at føre eller *sandsynligvis* fører til eksklusion, samt om disse udtryk er synonyme.²⁵⁵

Hvor det konstateres, at der foreligger konkurrencebegrænsende virkninger, er det klart, at omfanget af virkningerne er irrelevant. At der ikke gælder en *de minimis*-grænse under artikel 102 følger af *Post Danmark II*, og er senest blevet bekræftet

²⁵⁴ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 15.

²⁵⁵ Dette diskuteres i afsnit 3.3.3.1.

i *MEO*.²⁵⁶ Dette står i modsætning til artikel 101, hvor der gælder en *de minimis*-grænse.²⁵⁷

Af *Intel* følger det desuden, at Kommissionens eventuelle supplerende vurderinger for adfærd under objectkategorien kan være omfattet af EU-Domstolens efterprøvelse. Det er tilfældet, såfremt Kommissionen alligevel har gennemført en vurdering af adfærdens “[capability] of having foreclosure effects on as efficient competitors”,²⁵⁸ og denne udfordres ved Retten.

2.2.8 Betydningen af skade på forbrugervelfærden

EU-Domstolens traditionelle misbrugsbegreb har fokuseret på, om virksomheder tog andre midler i brug end i den normale konkurrence, eftersom det skader den effektive konkurrencestruktur. Konkurrencegraden blev anset for allerede at være svækket som følge af den dominerende virksomheds tilstedeværelse, hvorfor den havde et særligt ansvar til ved sin adfærd ikke at skade konkurrencestrukturen eller en effektiv og ufordrejet konkurrence. Det blev antaget, at forbrugerne led skade, hvis konkurrenter blev ekskluderet. Der gjaldt således ikke et krav om, at adfærden beviseligt medførte skade på forbrugervelfærden.²⁵⁹

EU-Domstolen har efter *Håndhævelsesvejledningen* fastholdt i bl.a. *Clearstream*, *France Télécom*, *Deutsche Telekom*, *Telefónica* og *Tomra*, at konkurrencestrukturen allerede er svækket på grund af den dominerende virksomheds tilstedeværelse,²⁶⁰ og at dominerende virksomheder er underlagt et særligt ansvar til ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrencestruktur.²⁶¹ Endvidere har den fastholdt, at dominerende virksomheder kun må konkurrere på ydelser og derfor er forpligtet til ikke at anvende metoder, der adskiller sig fra dem, som anvendes

²⁵⁶ Sag C-525/16, *MEO*, pr. 29.

²⁵⁷ Se herom sag 5/69, *Völk*, og ‘Meddelelse fra Kommissionen — Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (bagatelmeddelelsen)’, 30. august 2014, EUT 2014/C 291/01.

²⁵⁸ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 143.

²⁵⁹ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 278 f.

²⁶⁰ Sag T-301/04, *Clearstream*, pr. 140, sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 104, sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 174, sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 27, sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 170, og sag T-155/06, *Tomra*, pr. 206.

²⁶¹ Sag T-301/04, *Clearstream*, pr. 132, sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 105, sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 176, sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 171, og sag T-155/06, *Tomra*, pr. 207.

under normal konkurrence.²⁶² Herved har den indirekte afvist, at der skulle gælde et krav om påvisning af forbrugerskade. Afvisningen ses tilsvarende udtrykt i *France Télécom* (og *TeliaSonera*), hvor Domstolen afviste, at der skulle gælde et krav om påvisning af recoupment for predatory pricing (og margin squeeze).²⁶³ Dette betyder, at forbrugerne potentielt kan lide skade som følge af konkurrence-myndighedernes indgriben, da adfærden ikke har været til skade for dem, hvis virksomheden ikke kan genindvinde sine tab.²⁶⁴

Deutsche Telekom og *TeliaSonera* indikerede imidlertid en ændring til det traditionelle misbrugsbegreb, idet Domstolen udtalte, at artikel 102 "prohibits a dominant undertaking from, inter alia, adopting pricing practices which have an exclusionary effect on its *equally efficient* actual or potential competitors".²⁶⁵ Dette videreudviklede Domstolens Store Afdeling i *Post Danmark I* til en radikal ændring af forståelsen af, hvad der udgør konkurrence på ydelser (og dermed hvilken adfærd der adskiller sig fra normal konkurrenceadfærd). Ifølge *Post Danmark I* har artikel 102 ikke til formål at beskytte mindre effektive konkurrenter mod eksklusion, da de er mindre interessante for forbrugerne. Konkurrence på ydelser kan derfor per definition føre til eksklusion af mindre effektive konkurrenter.²⁶⁶ Domstolens misbrugsbegreb i *Post Danmark I* fokuserede således ikke på konkurrence- eller markedsstrukturen, men på adfærdens virkninger på forbrugervelfærden.

Hverken *Tomra*, *Post Danmark II* eller Rettens afgørelse i *Intel* bekræftede *Post Danmark I*. Afgørelserne var baseret på principperne om, at artikel 102 beskytter en effektiv konkurrencestruktur, og at denne allerede er svækket som følge af en dominerende virksomheds tilstedeværelse.²⁶⁷ Endvidere gav *Post Danmark II* beskyttelse til mindre effektive konkurrenter under visse omstændigheder.²⁶⁸ *Post Danmark I* stod dermed alene frem til, at Domstolens Store Afdeling på ny fastslog i *Intel*, at artikel 102 ikke har til formål beskytte mindre effektive konkurrenter mod eksklusion, og at konkurrence på ydelser per definition kan føre til disses eksklusion, idet de er mindre interessante for forbrugerne.²⁶⁹

²⁶² Sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 104, sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 24, sag T-336/07, *Telefónica*, pr. 172, og sag T-155/06, *Tomra*, pr. 206.

²⁶³ Sag C-202/07 P, *France Télécom*, pr. 109-113, og sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 96-103.

²⁶⁴ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 312 f.

²⁶⁵ Sag C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 177, og sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 39.

²⁶⁶ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 21 og 22.

²⁶⁷ Sag C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 26, 70 og 72, og T-286/09, *Intel*, pr. 105 og 116.

²⁶⁸ Sag C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 60.

²⁶⁹ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 133-134.

At artikel 102 ikke forbyder eksklusion af mindre effektive konkurrenter er altså blev fastslået af Domstolens Store Afdeling i dens to seneste afgørelser vedrørende artikel 102's misbrugsbegreb. Domstolen har dermed indskærpet misbrugsbegrebets fokus fra at være beskyttelse af markeds- og konkurrencestrukturen som institution til at være et middel til maksimering af forbrugervelfærden.²⁷⁰ Det kan på denne baggrund diskuteres, om formålet bag artikel 102 er blevet ændret.²⁷¹

Det er dog klart, at der ikke gælder en forpligtelse for Kommissionen til at foretage en selvstændig vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden. EU-Domstolen anser det for tilstrækkeligt at fastslå, at adfærden har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger over for lige så effektive konkurrenter, hvorved forbrugervelfærden antages at lide skade.

Alligevel har Kommissionen i nyere praksis typisk foretaget en supplerende vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden. Det kan overvejes, om Domstolens udtalelse i *Intel* (der forpligter Retten til at efterprøve Kommissionens supplerende vurderinger af konkurrencebegrænsende virkninger med betydning for afgørelsen) også skulle have betydning for de supplerende vurderinger af skade på forbrugervelfærden. På baggrund af en ordlydsfortolkning er det er imidlertid vores opfattelse, at udtalelsen alene omfatter vurderinger af adfærdens konkurrencebegrænsende virkninger. Supplerende vurderinger af skade på forbrugervelfærden må derfor antages ikke at være omfattet af EU-Domstolens efterprøvelse, såfremt de ikke har haft betydning for vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger.

2.3 Effektivitetsgevinster

Domstolen anerkendte allerede med *British Airways* (2007) effektivitetsforsvaret, og retspraksis efter *Håndhævelsesvejledningen* har fastholdt det.²⁷² I *Post Danmark I* indsnævrede Domstolen betingelserne for forsvaret til, at: (i) de sandsynlige effektivitetsgevinster skal opveje de sandsynlige negative virkninger for konkurrencen, (ii) gevinsterne skal kunne opnås som følge af adfærden, (iii) adfærden skal være nødvendig for at opnå gevinsterne, og (iv) adfærden ikke må udelukke

²⁷⁰ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in *Intel* and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 15.

²⁷¹ Dette diskuteres i afsnit 3.3.2.1 og 3.5.

²⁷² Se f.eks. sag C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 76, der henviser til sag C-95/04 P, *British Airways*.

en effektiv konkurrence.²⁷³ Disse betingelser er identiske med betingelserne angivet i *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 30, og svarer materielt til det traktatfæstede effektivitetsforsvar for konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101, stk. 3.²⁷⁴

Effektivitetsforsvaret har imidlertid ikke vist sig at have nogen praktisk relevans i retspraksis, idet ingen virksomhed har lykkedes med at retfærdiggøre sin adfærd.²⁷⁵ EU-Domstolen har ligesom Kommissionen afvist virksomheders argumenter om effektivitetsgevinster, idet den ikke har fundet dem underbygget.²⁷⁶ De samme problemstillinger om misforholdet mellem Kommissionens bevisbyrde for misbrug og virksomhedens bevisbyrde for effektivitetsgevinster gør sig således tilsvarende gældende i retspraksis.²⁷⁷

Med Domstolens dom i *Intel* har effektivitetsforsvaret dog opnået en yderligere rolle. Domstolen angav, at "[the] balancing of the favourable and unfavourable effects of the practice in question on competition can be carried out in the Commission's decision only after an analysis of the intrinsic capacity of that practice to foreclose competitors which are at least as efficient as the dominant undertaking."²⁷⁸ Kommissionen skal derfor foretage en undersøgelse af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, hvis virksomheden fremlægger bevis for effektivitetsgevinster. Som følge heraf får effektivitetsgevinster også betydning for selve misbrugsvurderingen, der skal foretages inden afvejningen af gevinsterne. Effektivitetsgevinster udgør dermed ikke længere blot et 'forsvar', men også et 'angreb' tilgængeligt for virksomheder, hvis de kan fremlægge relevante beviser.

Med *Intel* har Domstolen således i en vis grad imødekommet kritikken om, at effektivitetsforsvaret alene har været en teoretisk mulighed – uanset at betingelserne fortsat bliver fortolket på samme (streng) måde. Hvilken reel betydning dette kommer til at have for effektivitetsgevinster må forventes at blive afklaret i fremtidig retspraksis.

²⁷³ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 42.

²⁷⁴ Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law* (Oxford University Press: 6. udgave 2016), s. 375.

²⁷⁵ *Ibid.*, s. 372 og 374.

²⁷⁶ Se f.eks. Rettens afvisning af Intels argumenter, som Kommissionen ligeledes havde afvist, jf. sag T-286/09, *Intel*, pr. 94 og 173.

²⁷⁷ Dog er uoverensstemmelsen i forhold til adfærd, der *prima facie* udgør misbrug, mindsket med *Intel*.

²⁷⁸ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 140.

3. Følger af the more economic approach og uafklarede problemstillinger

The more economic approach har haft betydning for både Kommissionens håndhævelse og EU-Domstolens fortolkning af artikel 102. Der er således sket ændringer af bestemmelsens anvendelse i to 'spor'. Kommissionen har været den primært drivende aktør bag ændringerne, og de ses allerede påbegyndt i dens praksis omkring *GD Konkurrences debatoplæg*²⁷⁹. Det har antageligt været Kommissionens håb med sin ændrede tilgang at kunne foranledige en tilsvarende ændring af EU-Domstolens. Forskellen på håndhævelsen og fortolkningen er kommet klarest til udtryk i misbrugsvurderingen, hvor Kommissionen er gået videre end påkrævet ifølge retspraksis gennem supplerende vurderinger. Herved har Kommissionen formået formelt at holde sig inden for rammerne af retspraksis, mens den reelt er gået videre. Kommissionen har således givet EU-Domstolen anledning til at ændre sin fortolkning,²⁸⁰ og EU-Domstolen har med *Post Danmark I* og særligt *Intel* til dels fulgt Kommissionen, hvormed den (gen)skabte en større grad af overensstemmelse mellem de to spor. Det skal i denne forbindelse erindres, at der har været interne uenigheder i Kommissionen, hvorfor det ikke kan lægges til grund, at ændringerne har været den samlede Kommissions ønske.²⁸¹

På baggrund af en diskussion af fordele og ulemper forbundet med the more economic approach, herunder særligt en effektbaseret kontra formbaseret tilgang, vurderes i det følgende Kommissionens og EU-Domstolens tilgange til dominans, misbrug og effektivitetsgevinster. I denne forbindelse fastlægges, hvilke ændringer der er sket som følge af the more economic approach, herunder hvordan de to institutioners tilgange eventuelt adskiller sig. Desuden fremhæves og diskuteres

²⁷⁹ 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses', Bruxelles, december 2005.

²⁸⁰ Posner, R., 'The Law and Economics of the Economic Expert Witness' (1999) 13 *The Journal of Economic Perspectives* 2, pp. 91–99, s. 109, og Ezrachi, A., 'The European Commission Guidance on Article 82 EC – The Way in which Institutional Realities Limit the Potential for Reform' (2009) University of Oxford Legal Research Paper Series no. 27/2009, s. 17.

²⁸¹ Petit, N., 'From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC' (2009) 32 *World Competition* 4, pp. 485–503, s. 487, og Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in *Intel* and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 21.

en række problematikker og uafklarede spørgsmål forbundet hermed. Afslutningsvis diskuteres det, om der er sket en ændring af formålet bag artikel 102.

3.1 Fordele og ulemper forbundet med the more economic approach

Målet med Kommissionens modernisering af artikel 102 har, som anført i 2005 af tidligere konkurrencekommissær Kroes, været at skabe en tilgang “based on solid economic thinking while at the same time giving clear indications to companies and maintaining workable enforcement rules”.²⁸² Tilsvarende har nuværende generaldirektør for GD Konkurrence, Laitenberger, i 2017 udtrykt, at målet bag artikel 102’s modernisering er “to *reconcile* accuracy and administrability.”²⁸³ Udtalelserne er udtryk for én og samme opfattelse, hvorefter anvendelsen af artikel 102 bør bestå i en balance mellem *precision* i retsanvendelsen byggende på økonomisk teori og analyse og *anvendelighed* i form af administrerbare regler med dertilhørende lave omkostninger og høj forudsigelighed.

The more economic approach og den dertilhørende effektbaserede tilgang er i kraft af forankring i økonomisk teori og analyse blevet anset for at medføre større præcision i håndhævelsen, hvormed særligt type I-fejl, men også type II-fejl undgås.²⁸⁴ Gennem en effektbaseret vurdering af adfærds konkurrencebegrænsende virkninger undgås det i højere grad, at der gribes ind over for adfærd, som ikke skader konkurrencen eller er til gavn for forbrugerne (type I-fejl). Ligeledes sikres det i højere grad, at der ikke undlades at gribes ind over for skadelig adfærd (type II-fejl). Heroverfor står den formbaserede tilgang, der er blevet anset for ikke at være tilstrækkelig præcis og dermed indebære risiko for fejl (som den er blevet anvendt i EU-systemet særligt type I-fejl).²⁸⁵ Ud fra et ønske om at anvendelsen af artikel 102 skal være så præcis som mulig, er den effektbaserede tilgang således

²⁸² Kroes, N. ‘Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82’, New York 23. september 2005, SPEECH/05/537, s. 6.

²⁸³ Laitenberger, J. ‘Accuracy and administrability go hand in hand’, Bruxelles 12. december 2017, tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24en.pdf, s. 7.

²⁸⁴ ‘Report by the EAGCP “An economic approach to Article 82” July 2005’ (“EAGCP’s report”), s. 2 f.

²⁸⁵ Petit, N., ‘From Formalism to Effects? The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC’ (2009) 32 World Competition 4, pp. 485–503, s. 486.

at foretrække, hvilket er en opfattelse delt blandt størstedelen af økonomer.²⁸⁶ Dog har enkelte argumenteret for det modsatte.²⁸⁷

Den formbaserede tilgang er modsat lettere at administrere, hvorfor den for det første medfører færre omkostninger forbundet med retshåndhævelsen. Den effekt-baserede tilgang forudsætter videregående økonomiske analyser, som både er tids- og omkostningskrævende.²⁸⁸ Dette reflekteres i noget så simpelt som længden af Kommissionens forbudsafgørelser, der siden 2005 gennemsnitligt har været over ti gange så lange som i perioden 1971-1998.²⁸⁹ Kommissionens højere omkostninger medfører nødvendigvis en reduktion af antallet af sager, der kan forfølges, såfremt der ikke sker en yderligere ressourcetilførsel. Dette kan da også potentielt forklare den stigende brug af tilsagnsafgørelser siden 2004 og Kommissionens opfordringer til privat håndhævelse.²⁹⁰ Det er ikke blot Kommissionen (og dermed i sidste ende skatteyderne i EU) der pålægges flere omkostninger, men også virksomhederne, som skal afholde yderligere omkostninger, da håndhævelsen er mere kompliceret (omkostninger som antageligt vil blive væltet over på forbrugerne gennem højere priser).²⁹¹

For det andet indebærer den formbaserede tilgang et mere administrerbart regelsæt samt en højere grad af forudsigelighed om virksomheders retsstilling. Den effekt-

²⁸⁶ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 225 f.

²⁸⁷ Se f.eks. Wils, W.P.J., 'The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance' (2014) 37 *World Competition* 4, pp. 405-434.

²⁸⁸ Det er f.eks. anført om AEC-testen i forslaget til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott i C-sag 23/14, *Post Danmark II*, pkt. 66.

²⁸⁹ Sammenhold bilag 1 (udeladt i denne version) med Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 301 og 315 f., hvorefter afgørelser siden 2005 i gennemsnit har været 210,4 sider lange, mens afgørelser i perioden 1971-1998 i gennemsnit var 19,2 sider lange.

²⁹⁰ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 301. Nuværende konkurrencekommissær, Vestager, lader til at have en større præference for forbudsafgørelser end sine forgængere. Det har hun til eksempel udtrykt i et interview med Financial Times (Oliver, C. & Barker, A. 'Europe antitrust chief not afraid of starting a fight', Bruxelles 8. marts 2015, tilgængelig på: <https://www.ft.com/content/aa6d25-b4-c3ff-11e4-a02e-00144feab7de>)

²⁹¹ Det skal dog bemærkes, at Kommissionen ofte indleder sin efterforskning på baggrund af klager fra konkurrenter (jf. forordning 1/2003, artikel 7), som på forhånd har foretaget økonomiske analyser af adfærdens konsekvenser, hvorfor Kommissionens omkostninger reduceres i et begrænset omfang.

baserede tilgang medfører udfordringer for domstolsprøvelsen og den decentraliserede håndhævelse, som er forudsat i forordning 1/2003.²⁹² EU-Domstolen råder ikke over samme økonomiske fagkundskab som Kommissionen, hvorfor den er dårligt udrustet til at foretage en gennemgribende efterprøvelse af økonomiske analyser.²⁹³ Det gør sig tilsvarende gældende på nationalt niveau, hvor det ydermere er problematisk, at NCA'erne²⁹⁴ ikke nødvendigvis råder over de samme ressourcer som Kommissionen.²⁹⁵ På samme vis er det under den formbaserede tilgang nemmere for virksomheder at foretage selvevaluering af lovligheden af deres adfærd, hvormed de kan forudsige deres retsstilling.²⁹⁶ Det har den afledte konsekvens, at virksomheder uden frygt for at handle i strid med artikel 102 kan investere og innovere til gavn for forbrugervelfærden.²⁹⁷ Den øgede brug af tilsagnsafgørelser medvirker kun til at forværre dette, idet andre virksomheder ikke kan vurdere deres retsstilling herudfra. Endelig medfører den effektbaserede tilgang, at sagsbehandlingstiden bliver markant forlænget, hvilket er problematisk ud fra princippet om retfærdig rettergang (justice delayed is justice denied).²⁹⁸ Til eksempel angår *Intel* adfærd udøvet i perioden 2002-2005, som der blev klaget over i 2003,²⁹⁹ og først i 2009 traf Kommissionen afgørelse, hvilket er blevet efterfulgt af en langvarig og endnu ikke afsluttet domstolsbehandling efter Domstolens hjemvisning af sagen til Retten i 2017.

3.2 Dominansvurderingen

Kommissionens og EU-Domstolens praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* viser, at dominansvurderingen ikke har undergået væsentlige ændringer som følge af the more economic approach. Begge institutioner har fastholdt den traditionelle

²⁹² Posner, R., 'The Law and Economics of the Economic Expert Witness' (1999) 13 The Journal of Economic Perspectives 2, pp. 91–99, s. 106.

²⁹³ Posner, R., 'The Law and Economics of the Economic Expert Witness' (1999) 13 The Journal of Economic Perspectives 2, pp. 91–99, s. 96, generelt om domstolenes evne til at vurdere økonomiske analyser m.v.

²⁹⁴ 'National competition authorities' (nationale konkurrencemyndigheder).

²⁹⁵ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 298 f.

²⁹⁶ Posner, R., 'The Law and Economics of the Economic Expert Witness' (1999) 13 The Journal of Economic Perspectives 2, pp. 91–99, s. 105.

²⁹⁷ *Ibid.*, s. 102.

²⁹⁸ Sammenlign EU-Charterets artikel 47.

²⁹⁹ Oprindeligt klagede konkurrenten AMD i 2000, og denne klage blev suppleret med nye fakta og påstande i 2003.

definition af dominans som udviklet i *Hoffman-La Roche* og *United Brands*. Kommissionen tog dog initiativ til en nedtoning af betydningen af markedsandele og introducerede markedsstyrkebegrebet i *Håndhævelsesvejledningen*.

3.2.1 Betydningen af markedsandele

Dominansvurderingen har ifølge retspraksis altid forudsat en vurdering af “several factors”, og selv meget høje markedsandele har aldrig været mere end en “highly important one”, da de alene kan udgøre bevis for dominans, hvis der ikke foreligger “exceptional circumstances”.³⁰⁰ Retspraksis har altså altid forudsat en (vis) vurdering af øvrige faktorer, om end nogle afgørelser har accepteret markedsandele som bevis for dominans efter blot at have konstateret, at øvrige faktorer ikke kunne ændre herpå – dog uden reelt at have analyseret disse. Spørgsmålet er her efter, om vejledningens nedtoning af markedsandele reelt har haft betydning for Kommissionens (og EU-Domstolens) dominansvurdering, idet markedsandele principielt aldrig har udgjort mere end en ‘proxy’ for dominans.³⁰¹

Kommissionens praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* har i overvejende grad ikke tillagt markedsandele individuel, afgørende betydning for dominansvurderingen. Flertallet af forbudsafgørelserne har analyseret supplerende faktorer på trods af virksomhedernes meget høje markedsandele.³⁰² Inddragelsen af yderligere faktorer under dominansvurderingen fremstår ikke som blot en konstatering af fraværet af særlige omstændigheder, men som en reel vurdering af disse faktoreres betydning for virksomhedernes økonomiske magtposition. Tilsvarende har meget høje (eller lave) markedsandele ikke stået alene i afvisningsafgørelserne, idet Kommissionen ikke har afvist, at virksomhederne potentielt kunne være ikke-dominerende (eller dominerende) på trods heraf. *Håndhævelsesvejledningens* nedtoning af betydningen af markedsandele ses dermed at være kommet til udtryk gennem Kommissionens mere fyldestgørende vurdering af øvrige faktorer, og ved at den ikke blot forlader sig på markedsandele. Kommissionen har dog – i kontrast med vejledningen – samtidig principielt fastholdt, at meget høje markedsandele i sig selv kan udgøre bevis for dominans, og den har i enkelte særlige afgørelser forladt sig (nærmest) udelukkende på markedsandele, hvor misbruget var til skade for det indre marked eller var anerkendt.³⁰³

EU-Domstolen har i flere afgørelser efter *Håndhævelsesvejledningen* ligeledes principielt fastholdt, at markedsandele i sig selv kan udgøre bevis for dominans.³⁰⁴

³⁰⁰ Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, pr. 39 og 41.

³⁰¹ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 146.

³⁰² *Intel (Kom)*, *Telekomunikacja Polska*, *Slovak Telekom*, *Motorola* og *Google*.

³⁰³ *OPCOM*, *ARA* og *Baltic Rail*.

³⁰⁴ Sag T-57/01, *Solvay*, sag T-66/01, *ICI*, sag T-336/07, *Telefónica*, og sag C-457/10 P, *Astra-Zeneca*.

Samtidig har den fusionssagen *Cisco*, udtalt, at høje markedsandele ikke nødvendigvis er en indikator for dominans. Tilsvarende ses til dels udtrykt i *AstraZeneca*. EU-Domstolen har således (endnu) ikke taget et afgørende skridt vedrørende markedsandele betydning for dominansvurderingen, men deres betydning er blevet gradvist nedtonet til ikke at kunne udgøre mere end en indikator. Dette skal dog ses i sammenhæng med, at dominansspørgsmål almindeligvis er meget faktuelle og sagsspecifikke, hvorfor der sjældent afsiges afgørelser om dominansvurderingen *in abstracto*.³⁰⁵

EU-Domstolens og Kommissionens praksis indikerer således, at der er sket et skifte, idet de fremstår til at have opgivet den tidligere forladelse på markedsandele til fordel for en mere nuanceret og dybdegående inddragelse af øvrige faktorer.³⁰⁶ Inddragelsen af øvrige faktorer udgør principielt ikke en ændring, men graden og bredden af inddragelsen (særligt i Kommissionens praksis) lader til at gå videre end tidligere retspraksis.

3.2.2 Markedsstyrkebegrebet

Kommissionens praksis har i overensstemmelse med *Håndhævelsesvejledningen* i overvejende grad angivet, at markedsstyrke er afgørende for dominans. På trods heraf har Kommissionen i praksis fortsat vurderet dominans på baggrund af markedsandele suppleret af øvrige faktorer. Den har ikke foretaget en særskilt (direkte) vurdering af markedsstyrke, det vil sige om virksomheden er i stand til at forhøje priserne ud over det konkurrencedygtige niveau. Nedtoningen af betydningen af markedsandele og den øgede inddragelse af øvrige faktorer har imidlertid medført, at Kommissionens dominansvurdering er blevet mere egnet til at påvise virksomheders økonomiske magtposition og grad af markedsstyrke ved *indirekte* at vurdere disse.³⁰⁷ En virksomhed kan dog principielt have betydelig markedsstyrke, selv om den ikke kan handle uafhængigt, hvorfor den indirekte vurdering af markedsstyrke ikke nødvendigvis fanger alle relevante situationer.³⁰⁸ Kom-

³⁰⁵ Lamadrid, A. (2017) 'The elephant in the Courtroom: its' the dominance, stupid!', Chilling'Competition, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com.

³⁰⁶ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 174.

³⁰⁷ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 227 og 249. Det kan også udledes på baggrund af afhandlingens analyse sammenholdt med Geradin, D. et al. 'The Concept of Dominance' (2005) *Global Competition Law Centre Research Papers on Article 82 EC* (juli 2005), pp. 6–37, s. 6, og Monti, G., 'The Concept of Dominance in Article 82' (2006) *July 2006 European Competition Journal*, pp. 31–52, s. 34.

³⁰⁸ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 141 f.

missionens dominansvurdering er således blevet ikklædt et mere økonomisk begrebsapparat, men selve tilgangen er fortsat principielt den samme (om end mere nuanceret og dybdegående).

EU-Domstolen har i modsætning til Kommissionen kun eksplicit nævnt markedsstyrkebegrebet i to afgørelser,³⁰⁹ og den har i højere grad end Kommissionen fastholdt den afgørende betydning af markedsandele. EU-Domstolen kan dermed ikke siges at have tilegnet sig markedsstyrkebegrebet.³¹⁰ Dette skal dog igen ses i lyset af dominansbegrebets begrænsede anfægtelse ved EU-Domstolen. Hertil kan bemærkes, at såfremt EU-Domstolen får anledning til at tilpasse dominansbegrebet, har den efter vores opfattelse principielt råderum hertil inden for rammerne af eksisterende retspraksis. Markedsstyrkebegrebet ses nemlig allerede implicit udtrykt i *Hoffman-La Roches* og *United Brands*' definition af dominans som indebærende en evne til at udøve "an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop".³¹¹

Selve introduktionen af det økonomiske markedsstyrkebegreb har ikke medført nogen væsentlig ændring af dominansvurderingen hos hverken Kommissionen eller EU-Domstolen. Kommissionen har med introduktionen af begrebet forsøgt at foranledige en teoretisk tilføjelse til den traditionelle dominansdefinition, men derefter har den både i selve *Håndhævelsesvejledningen* og praksis blot foretaget den samme vurdering som tidligere (om end mere nuanceret). Den vidtgående teoretiske, men begrænsede praktiske ændring er bemærkelsesværdig. Det kan dog formentlig forklares med, at en direkte vurdering af markedsstyrke er nærmest umulig at foretage,³¹² hvorfor den anlagte indirekte vurdering (gennem en nedtoning af betydningen af markedsandele og øget inddragelse af øvrige faktorer) er den bedst egnede løsning til at vurdere markedsstyrke. Der er derfor formentlig også årsagssammenhæng mellem inkorporeringen af markedsstyrkebegrebet og den samtidige nuancering af dominansvurderingen.

3.2.3 Graden af markedsstyrke

Markedsstyrke er ikke et enten/eller-spørgsmål, men et spørgsmål om grad. Det er dog ikke tilstrækkeligt belyst, hvilken grad af markedsstyrke en virksomhed skal

³⁰⁹ Sag C-52/09, *TeliaSonera*, samt sag T-321/05 og C-457/10 P, *AstraZeneca*.

³¹⁰ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 275.

³¹¹ Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, pr. 39, og Bergqvist, C., *Between Regulation and Deregulation* (Djøf Forlag: 2016), s. 41.

³¹² Bergqvist, C., *Between Regulation and Deregulation* (Djøf Forlag: 2016), s. 41, Geradin, D. et al. 'The Concept of Dominance' (2005) *Global Competition Law Centre Research Papers on Article 82 EC* (juli 2005), pp. 6–37, s. 3 f. og 6, og Monti, G., 'The Concept of Dominance in Article 82' (2006) *July 2006 European Competition Journal*, pp. 31–52, s. 34.

besidde for at være dominerende. Det eneste Kommissionen har angivet er, at graden skal være "substantial" (betydelig), hvilket gør virksomheden i stand til at forhøje priserne ud over det konkurrencedygtige niveau i en væsentlig periode.³¹³ Det er uklart, hvornår graden er betydelig, hvilket skaber en væsentlig retsusikkerhed for virksomheder, idet de ikke ved, hvornår de er dominerende. Usikkerheden kan potentielt begrænse virksomheders innovation, investeringer m.v., hvorfor den påkrævede grad af markedsstyrke bør være knyttet til et klart benchmark.³¹⁴ Omvendt er det dog begrænset, hvor stor afklaring et sådan benchmark reelt kan yde. Det vil uanset hvad være tæt på umuligt for virksomheder at vurdere deres markedsstyrke såvel direkte som indirekte, og en vis grad af retsusikkerhed vil derfor altid være til stede. På trods heraf er det principielt ønskeligt, at det konkretiseres, hvornår en virksomhed har nok markedsstyrke til at være dominerende.

Uanset den krævede grad af markedsstyrke for dominans ikke er fastlagt, har graden af dominans antaget en supplerende indirekte betydning for misbrugsvurderingen. Det blev således fastslået i *Håndhævelsesvejledningen*, hvilket efterfølgende blev anerkendt af EU-Domstolen i *TeliaSonera*, *Post Danmark II* og *Intel*, at graden af dominans kan have betydning for både omfanget af misbruget og sandsynligheden for, at adfærden har konkurrencebegrænsende virkninger. Dominans har således ikke længere blot funktion som et 'filter', der udelukker ikke-dominerende virksomheders adfærd fra artikel 102's anvendelsesområde, men har fået en yderligere, integreret rolle i selve misbrugsvurderingen.

3.2.4 Konsekvenser af ændringerne

Tillægges markedsandele for stor betydning risikeres, at artikel 102 håndhæves over for virksomheder der har store markedsandele, men som uanset dette ikke har tilstrækkelig markedsstyrke til, at deres adfærd kan have konkurrencebegrænsende virkninger.³¹⁵ Tilsvarende kan det medføre, at der ikke gribes ind over for virksomheder med lave markedsandele, men som i kraft af deres markedsstyrke ikke desto mindre kan skade konkurrencen.

Nedtoningen af betydningen af markedsandele til fordel for en mere nuanceret vurdering må derfor medføre en reduktion af særligt type I-fejl (men også type II-fejl) gennem en mere præcis retshåndhævelse med fokus på virksomheder, som er i stand til at skade konkurrencen og forbrugervelfærden.³¹⁶ Den mere nuancerede dominansvurdering resulterer imidlertid også i øgede håndhævelsesomkostninger,

³¹³ *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 10.

³¹⁴ Bergqvist, C., *Between Regulation and Deregulation* (Djof Forlag: 2016), s. 40.

³¹⁵ Monti, G., 'The Concept of Dominance in Article 82' (2006) July 2006 European Competition Journal, pp. 31–52, s. 22.

³¹⁶ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 275.

eftersom den er mere omfattende. En fuldstændig fjernelse af betydningen af markedsandele – og en deraf følgende erosion af 'safe harbours' ved lave markedsandele – vil ligeledes være til skade for virksomheders mulighed for at forudsige deres retsstilling. Begge disse forhold ligger antageligt bag fastholdelsen af markedsandele som indikator for (manglende) dominans, hvorved der er skabt en balance mellem præcision og anvendelighed i dominansvurderingen.

Hvorvidt denne balancering er den rigtige, er ikke uomtvistet. O'Donoghue & Padilla problematiserer, hvorvidt tærsklen for intervention er for lav, og de argumenterer for, at dominansvurderingen skal forankres i en endnu bredere undersøgelse af den givne markedssituation, hvilket visse nationale NCA'er gør.³¹⁷ Endnu en alternativ opfattelse ses i EAGCP's forslag om helt at afskaffe dominansvurderingen ud fra det argument, at bevis for konkurrencebegrænsende virkninger i sig selv udgør bevis for dominans, da en virksomhed kun kan skade konkurrencen, hvis den er dominerende.³¹⁸ Sidstnævnte er dog i vores optik udelukket. En afskaffelse af dominanskravet forudsætter, at misbrugsvurderingen altid indeholder en effekt-baseret vurdering af adfærdens faktiske konkurrencebegrænsende virkninger. Dermed sikres det, at adfærden er skadelig, selv om virksomhedens dominans ikke er påvist, hvorfor dominanskravet bliver overflødiggjort. Så længe artikel 102 dels omfatter formbaserede *prima facie*-formodninger om misbrug, dels ikke forudsætter påvisning af faktiske (eller en videregående sandsynliggørelse af) konkurrencebegrænsende virkninger, bør afskaffelse af dominanskravet være udelukket under hensyn til risikoen for type I-fejl. Afskaffelse af dominanskravet må da også antages at ville kræve en traktatændring.

Endelig medfører inddragelsen af graden af dominans under misbrugsvurderingen tilsvarende en mere nuanceret misbrugsvurdering. Dette er et led i en større nuancering af misbrugsvurderingen, og konsekvenserne heraf vil blive diskuteret i det følgende.

3.3 Misbrugsvurderingen

The more economic approach har primært haft indvirkning på misbrugsvurderingen. Indvirkningen på Kommissionens håndhævelse henholdsvis EU-Domstolens håndhævelse har ikke været samtidig eller ensartet, og ændringerne af håndhævelsen har antageligt igangsat ændringerne af fortolkningen. Dette foranlediger

³¹⁷ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 174.

³¹⁸ *EAGCP's rapport*, s. 4.

spørgsmål om, ikke blot hvilken udvikling sporene har undergået, og hvad konsekvenserne heraf er, men også hvorvidt de er overensstemmende (eller alternativt kan sameksistere), samt hvilke uklarheder der fortsat eksisterer.

3.3.1 Vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger og konsekvenser af ændringer

Kommissionen har i praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* som udgangspunkt påvist potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Selv hvor adfærden på baggrund af dens form formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgør misbrug, har Kommissionen foretaget en supplerende vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger. Tanken bag dette har ifølge *Håndhævelsesvejledningen* været, at artikel 102 alene skal håndhæves over for adfærd, der sandsynligvis er til skade for konkurrencen og forbrugerne, hvorved risikoen for type I-fejl reduceres. De supplerende vurderinger medfører, at *prima facie*-formodningerne og objectkategorien reelt bliver uden betydning for Kommissionens håndhævelse, da den som udgangspunkt underlægger al adfærd en behandling som under effectkategorien.

Kommissionens videregående vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger har ikke medført en ændring af EU-Domstolens principielle fastholdelse af, at visse former for adfærd formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgør misbrug. Kommissionens håndhævelse adskiller sig dermed fra EU-Domstolens fortolkning af, hvad der er påkrævet at demonstrere under misbrugsvurderingen. Som følge heraf har Kommissionen fastholdt, at dens supplerende vurderinger af de konkurrencebegrænsende virkninger netop blot er supplerende.³¹⁹ Konsekvensen af dette har været, at hvis virksomheder med rette har anfægtet rigtigheden af de supplerende vurderinger, har anfægtelsen ikke haft nogen virkning, idet adfærden alligevel blev anset for at udgøre misbrug på baggrund af sin form. Selv om Kommissionens supplerende vurderinger bidragede til, at artikel 102 alene blev håndhævet over for adfærd med konkurrencebegrænsende virkninger, kunne vurderingerne således ikke i tilstrækkelig grad sikre, at dette var tilfældet, idet virksomheder ikke kunne udfordre dem ved EU-Domstolen før *Intel*.

Domstolens afgørelse i *Intel* ændrer herpå og skaber større overensstemmelse mellem Kommissionens håndhævelse og EU-Domstolens fortolkning. *Intel* medfører, at Kommissionen også under objectkategorien er forpligtet til at vurdere de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, hvis virksomheden fremlægger bevis, der drager tvivl om, at adfærden ikke er egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger, eller bevis for effektivitetsgevinster.³²⁰ Kommissionen skal i denne

³¹⁹ Se f.eks. 'Report for the Hearing – Case T-286/09, *Intel v Commission*', pkt. 70.

³²⁰ Se afsnit 3.4 om betydningen af effektivitetsgevinster under *Intel*-frameworket.

forbindelse inddrage de samme faktorer, der er angivet i *Håndhævelsesvejledningen* som relevante for misbrugsvurderingen. Herved fremstår EU-Domstolen til implicit at have valideret vejledningens tilgang til vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger.³²¹

Desuden indebærer *Intel*, at supplerende vurderinger af de konkurrencebegrænsende virkninger foretaget 'frivilligt' af Kommissionen vil være underlagt domstolskontrol. Dette har dog næppe stor betydning, da en virksomhed formentlig ikke vil undlade at udfordre Kommissionens vurdering i forbindelse med den administrative procedure for derefter at udfordre den ved EU-Domstolen.

Uanset tilnærmelserne med *Intel* adskiller de to tilgange sig fortsat fra hinanden, idet EU-Domstolen som udgangspunkt fortsat ikke anser en vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger for påkrævet under objectkategorien, hvis ikke *prima facie*-formodningen tilbagevises. Dette medfører imidlertid ikke, at de to tilgange ikke kan sameksistere. Kommissionen kan fastsætte håndhævelsesprioriteringer inden for de ved loven fastlagte rammer,³²² og den kan som følge heraf stille større krav for indgriben end påkrævet efter EU-Domstolens fortolkning.

3.3.1.1 *Konsekvenser af ændringerne*

Kommissionens supplerende effektbaserede vurderinger af adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger medfører, at håndhævelsen af artikel 102 bliver mere præcis. Herved reduceres risikoen for, at der på baggrund af *prima facie*-formodninger skabes type I-fejl. EU-Domstolens etablering af Intel-frameworket medfører tilsvarende, at der ikke gribes ind over for adfærd, der nok generelt formodes at skade konkurrencen, men som ikke gør det i det konkrete tilfælde. Begge institutioners tilgange medfører dog samtidig, at omkostningerne forbundet med anvendelsen af artikel 102 forøges og indskrænker forudsigeligheden omkring virksomheders retsstilling.³²³

I modsætning til Kommissionens videregående vurderinger kan Intel-frameworkets bibeholdelse af *prima facie*-formodningen ses som en balancering af artikel 102's præcision og anvendelighed. Frameworkets fastholdelse af *prima facie*-formodningen sikrer, at når konkurrencebegrænsende virkninger med rette kan formodes og ikke kan tilbagevises, behøver Kommissionen ikke at anvende ressour-

³²¹ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 20.

³²² Sag T-24/90, *Automec*, pr. 77.

³²³ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 295, og Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 22 f.

cer på unødvendig påvisning heraf. Samtidig giver frameworket mulighed for tilbagevisning af formodningen, hvilket reducerer risikoen for type I-fejl i grænsetilfælde. Hvordan frameworket konkret balancerer præcision og anvendelighed afhænger af, hvor meget der skal til for at tilbagevise *prima facie*-formodningen.³²⁴ Dog skal det bemærkes, at så længe Kommissionen fortsat foretager supplerende vurderinger af de konkurrencebegrænsende virkninger under objektkategorien, vil Intel-frameworket ikke reducere håndhævelsesomkostningerne.

3.3.2 Vurdering af skade på forbrugervelfærden og konsekvenser af ændringer

Det var forinden *Håndhævelsesvejledningen* ikke et krav, at adfærd skulle være til skade for forbrugervelfærden for at være i strid med artikel 102.

Kommissionen udtrykte i vejledningen, at den ville begrænse sin håndhævelse til adfærd til skade for forbrugervelfærden. Dette har den fulgt i sine senere afgørelser, idet den som udgangspunkt har inddraget virkningerne på forbrugervelfærden, om end den ikke anser dette for påkrævet. Det gøres enten gennem en supplerende vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden³²⁵ eller gennem kobling af antagelser om forbrugerskade på vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger.³²⁶ Enkelte afgørelser inddrager slet ikke et hensyn til forbrugervelfærden, men disse kan forklares ud fra deres særlige karakter.³²⁷

Hvor Kommissionen foretager en *supplerende vurdering* sikrer den sig, at adfærden ikke blot har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, men tillige at disse sandsynligvis er til skade for forbrugervelfærden. Der vil dermed ikke kunne drages tvivl om afgørelsens legitimitet ud fra synspunkt om, at konkurrenceretten skal beskytte forbrugervelfærden. Hvor Kommissionen tilkobler *antagelser* om, at adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger forårsager forbrugerskade, specificerer den, hvilke forventelige virkninger forbrugervelfærden vil lide som følge af adfærden. Det underbygges dermed, at forbrugervelfærden vil lide skade, sammenholdt med hvis Kommissionen blot havde antaget en abstrakt skade på forbrugervelfærden på baggrund af de konkurrencebegrænsende virkninger. Afgørelserne får dermed større legitimitet ud fra et forbrugerbeskyttelsessynspunkt. Dermed udtrykker Kommissionen desuden, at den har til hensigt at beskytte forbrugervelfærden og ikke konkurrencestrukturen.

EU-Domstolen har – efter flere års usikkerhed – principielt ændret sin fortolkning af, hvilken betydning skade på forbrugervelfærden har for misbrugsvurderingen. Den anser med *Intel* (og *Post Danmark I*) artikel 102 for alene at forbyde adfærd,

³²⁴ Dette diskuteres i afsnit 3.3.3.2.

³²⁵ *Intel (Kom)*, *Telekomunikacja Polska* og *Slovak Telekom*.

³²⁶ *Motorola* og *Google*.

³²⁷ *OCOM*, *ARA* og *Baltic Rail*.

der kan ekskludere lige så effektive konkurrenter, idet mindre effektive konkurrenter er mindre attraktive for forbrugerne, og eksklusion af disse er derfor som udgangspunkt ikke til skade for forbrugervelfærden. EU-Domstolen fremstår dermed til at have omfortolket artikel 102 til alene at forbyde adfærd, der er i stand til at skade forbrugervelfærden, hvormed EU-Domstolens fortolkning har nærmet sig Kommissionens håndhævelse på det principielle plan.³²⁸ På trods af tilnærmelsen har EU-Domstolen ikke stillet krav om videregående sandsynliggørelse af, om adfærden er til skade for forbrugervelfærden, som Kommissionen gør i sin praksis. Fortolkningen af artikel 102 adskiller sig dermed også her fra håndhævelsen. Som anført ovenfor er dette dog ikke til hinder for de to tilganges sameksistens under hensyn til, at Kommissionen kan fastsætte håndhævelsesprioriteringer inden for de ved loven fastlagte rammer.

3.3.2.1 Konsekvenser af ændringerne

Kommissionens supplerende vurderinger af og kvalificerende antagelser om skade på forbrugervelfærden sikrer, om end i forskellig grad, at der ikke gribes ind over for adfærd, som ikke skader eller endda gavner forbrugervelfærden.³²⁹ Anlægges en fortolkning, hvorefter artikel 102 alene forbyder adfærd, der er til skade for forbrugervelfærden, reducerer Kommissionens tiltag således risikoen for type I-fejl. Tiltagene har dog samtidig negative konsekvenser i form af langsommeliggørelse og mere omkostningsfuld håndhævelse.³³⁰

EU-Domstolens omfortolkning af misbrugsbegrebet til som udgangspunkt kun at forbyde adfærd, der kan ekskludere lige så effektive konkurrenter, indebærer en principiel ændring af misbrugsbegrebet. Omfortolkningen har i modsætning til Kommissionens supplerende vurderinger ikke til hensigt at øge retsanvendelsens præcision og dermed mindske fejl forbundet hermed. Den indebærer derimod en ændring af selve forståelsen af, hvad der udgør misbrug, og dermed hvad der udgør fejl i retsanvendelsen.

Omfortolkningen må ses som et led i the more economic approach og er velkommen, hvis man anser konkurrencerettens fokus for at være beskyttelse af forbrugere og ikke af konkurrencestrukturen (og dermed anlægger en post-Chicago forståelse for konkurrenceretten).³³¹ Dog indebærer omfortolkningen også

³²⁸ Ibáñez Colomo, P., 'The future of Article 102 TFEU after Intel' (2018) *Journal of European Competition Law & Practice* (18. april 2018), s. 26.

³²⁹ Zalewska-Glogowska, M., *The More Economic Approach under Article 102 TFEU: A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law* (Nomos: 2017), s. 174 f.

³³⁰ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 295.

³³¹ Se Lande, R.H., 'A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice' (2013) 81 *Fordham Law Review*,

øgede håndhævelsesomkostninger, idet misbrugsvurderingen bliver mere omfattende som følge af, at det skal fastslås, at adfærden ikke blot kan ekskludere konkurrenter, men at den kan ekskludere *lige så effektive* konkurrenter.

3.3.3 Uafklarede spørgsmål

På trods af de med *Intel* tilvejebragte afklaringer resterer der fortsat en række uafklarede spørgsmål, ligesom nye spørgsmål er skabt.

3.3.3.1 Forskel på påvisning af egnethed og sandsynlighed?

Det har været klart – som udtrykkeligt fastslået af Retten i *Michelin II* og *British Airways* – at det er tilstrækkeligt for Kommissionen at påvise potentielle (og ikke faktiske) konkurrencebegrænsende virkninger. Retten udtalte, at det tilstrækkeligt at påvise, at adfærden “tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is *capable* of having, or *likely* to have, such an effect.”³³² Retten efterlod det uklart, om der var forskel på udtrykkene egnet til (*capable*) og sandsynligvis (*likely*), eller om de er synonyme.

Generaladvokat Wahl anførte i sit forslag til afgørelse i *Intel*, at der ikke var forskel på udtrykkene, idet de “designate one and the same compulsory step” med henblik på at fastslå med “more than a mere possibility that certain behaviour may restrict competition”.³³³ Domstolen tog ikke eksplicit stilling hertil i *Intel*, men den anvendte imidlertid konsekvent udtrykket ‘*capable*’.³³⁴ Ibáñez Colomo har modsat Wahl argumenteret for, at der forskel på udtrykkene, og at ‘*capable*’ alene relaterer sig til objectkategorien, mens ‘*likely*’ relaterer sig til effectkategorien, samt at grænsen for ‘*capable*’ er lavere end for ‘*likely*’.³³⁵ Ifølge Ibáñez Colomo påvises det gennem den formbaserede vurdering under objectkategorien, at adfærden er *egnet* til at have konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket er tilstrækkeligt, mens det i forhold til effectkategorien påvises, at adfærden *sandsynligvis* vil have sådanne virkninger.

Kommissionen udtrykte i *Tomra* (2006), at der var forskel på de to udtryk, da det efter retspraksis alene var påkrævet at påvise, at adfærden “is capable of having

pp. 2349-2403 som eksempel på en sådan formålsforståelse vedrørende amerikansk konkurrenceret. Se desuden *ibid.*, s. 82.

³³² Sag T-219/99, *British Airways*, pr. 293 (vores kursivering).

³³³ Sag C-413/14 P, *Intel*, forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, pkt. 114-121.

³³⁴ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 132, 138, 141-143, 147 og 149.

³³⁵ Ibáñez Colomo, P. (2016) ‘Capability vs likelihood in the context of Articles 101 and 102 TFEU: the difference exists, and matters’, *ChillingCompetition*, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com, og Ibáñez Colomo, P., ‘The future of Article 102 TFEU after Intel’ (2018) *Journal of European Competition Law & Practice* (18. april 2018), s. 14-20.

that effect”, men den gik videre ved at vise “the likely effects”.³³⁶ Kommissionens anvendelse af udtrykkene i praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* forekommer dog ikke konsekvent. Den udtalte i *Motorola*, at adfærden var “capable of having anticompetitive effects”,³³⁷ hvorefter den sporadisk anvendte udtrykket ‘likely’.³³⁸ Tilsvarende udtalte den i *Slovak Telekom*, at den i afsnit 9 og 10 ville vise, at adfærden var “capable of having anticompetitive effects”,³³⁹ hvorefter den i afsnit 9 konkluderede, at adfærden var “likely to have negative effects on competition”.³⁴⁰ Endelig anvendte Kommissionen i *Slovak Telekom*, *Google* og *Baltic Rail* udtrykket ‘potential effects’ som dækkende over begge udtryk.³⁴¹

Det er vores opfattelse, at der må være forskel på ‘capable’ og ‘likely’, idet deres sproglige indhold ikke kan være sammenfaldende. Det første udtrykker adfærdens *antagelige* evne til at have konkurrencebegrænsende virkninger, men siger intet om, hvorvidt virkninger findes i det konkrete tilfælde. Det andet udtrykker derimod et kvalificeret bud på, om sådanne virkninger *forventeligt* vil manifestere sig i det konkrete tilfælde.³⁴² ‘Likely’ må derfor forudsætte en mere dybdegående vurdering af adfærden end ‘capable’. Under denne forudsætning kan *Intel* fortolkes således, at afgørelsen støtter Ibáñez Colomos udlægning af udtrykkene, idet adfærden i sagen faldt under objectkategorien. Ifølge *Intel* skulle Kommissionen nemlig påvise adfærdens *egnethed* til at have konkurrencebegrænsende virkninger. Afgørelsen er dog ikke fuldstændig klar, og den kan også udlægges således, at det altid kun er påkrævet at påvise adfærdens egnethed til have konkurrencebegrænsende virkninger, selv hvis adfærden falder under effectkategorien.

Som følge af usikkerheden bør EU-Domstolen tage stilling til, om de to udtryk er synonyme, om de knytter sig til forskellige former for adfærd, og hvad standarden er for påvisning af (de eventuelt) forskellige udtryk.

³³⁶ *Tomra (Kom)*, pkt. 332, og Ibáñez Colomo, P., ‘The future of Article 102 TFEU after Intel’ (2018) *Journal of European Competition Law & Practice* (18. april 2018), s. 16.

³³⁷ *Motorola*, pkt. 311.

³³⁸ F.eks. under overskrift 8.2.3.2.1 og i pkt. 365, 371 og 372.

³³⁹ *Slovak Telekom*, pkt. 1044.

³⁴⁰ *Ibid.*, pkt. 1109.

³⁴¹ Eksempelvis *Slovak Telekom*, afsnit 9, *Google*, afsnit 7.3, og *Baltic Rail*, afsnit 7.4.

³⁴² Ibáñez Colomo, P. (2016) ‘Capability vs likelihood in the context of Articles 101 and 102 TFEU: the difference exists, and matters’, *ChillingCompetition*, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com, samt implicit Jones, A. & Sufrin, B., *EC Competition Law* (Oxford University Press: 3. udgave 2008), s. 331.

3.3.3.2 Tilbagevisning af formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger

Domstolen anførte i *Intel*, at formodningen om konkurrencebegrænsende virkninger tilbagevises, hvis "the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition".³⁴³ Hvornår en virksomhed anses for at have fremlagt tilstrækkelige beviser, kan dog ikke udledes klart af afgørelsen.

Det har stor betydning, hvilke krav der stilles til bevisomfanget. Hvis grænsen sættes *for lavt*, medfører det, at virksomheder praktisk talt altid vil kunne fremlægge bevis for, at deres adfærd muligvis ikke er egnet til at have konkurrencebegrænsende virkninger – hvilket de må antages altid at forsøge sig med. *Prima facie*-formodningen (og objectkategorien) vil i så fald blive illusorisk, idet (næsten) al adfærd vil blive behandlet som henhørende under effectkategorien. Formålet med formodningen om at reducere håndhævelsesomkostningerne vil dermed ikke blive opfyldt. Generaldirektør for GD Konkurrence, Laitenberger, har i tråd hermed anført, at "[o]bviously, the required standard for rebutting the presumption would be meaningless if the dominant firm was able to put forward general theories and abstract arguments."³⁴⁴ Hvis grænsen derimod sættes *for højt*, kan det blive uforholdsmæssigt svært for virksomheder at fremlægge tilstrækkeligt bevis, selv hvis deres adfærd reelt ikke har konkurrencebegrænsende virkninger. Det medfører, at muligheden for tilbagevisning bliver illusorisk, og formålet bag Intel-rammearbejdet om at mindske risikoen for type I-fejl vil ikke blive opfyldt. Hvis både *prima facie*-formodningen og muligheden for tilbagevisning heraf skal have nogen betydning, er det derfor nødvendigt at finde det rette balancepunkt.

Ifølge Laitenberger skal virksomhederne "present case-specific arguments based on concrete evidence" bestående i "sufficiently serious and substantiated arguments and evidence". Denne udlægning af *Intel* er dog ikke uproblematisk. Virksomheder vil i visse tilfælde være i stand til at henvise til beviser, der potentielt kan godtgøre, at adfærden ikke har konkurrencebegrænsende virkninger, uden at være i stand til at fremlægge disse, eksempelvis hvis de ikke besidder de nødvendige informationer.³⁴⁵ De bør derfor kunne nøjes med at fremlægge konkrete argumenter, der sandsynliggør, at adfærden ikke har haft konkurrencebegrænsende virkninger, og som det vil være muligt at finde bevis til støtte for. Kommissionen bør i denne forbindelse (som fastslået i retspraksis i anden sammenhæng) "play its

³⁴³ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 138.

³⁴⁴ Laitenberger, J. 'Accuracy and administrability go hand in hand', Bruxelles 12. december 2017, tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24en.pdf, s. 9.

³⁴⁵ Lamadrid, A. (2017) 'DG Laitenberger's CRA Speech (Part II – Implementing Intel, in Theory and in Practice)', Chillin'Competition, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com.

part, using the means available to it, in ascertaining the relevant facts and circumstances”,³⁴⁶ ligesom “all the relevant data ... must be taken into consideration in appraising a complex situation”.³⁴⁷ Det vil også være i overensstemmelse med uskyldsfornodningen og princippet udtrykt af Retten i *AstraZeneca* om, at enhver tvivl vedrørende et brud på konkurrencereglerne må komme virksomheden til gode.³⁴⁸ Laitenberger anerkender da også dette ved at pointere, at “we would not do our job properly if we were not to use all available sources of evidence.”³⁴⁹

Det er på denne baggrund vores opfattelse, at såfremt en virksomhed etablerer en begrundet tvivl om adfærdens evne til at virke konkurrencebegrænsende, bør det være op til Kommissionen at undersøge dette. Undersøgelsen bør imidlertid foretages i samarbejde med virksomheden, under hensyn til hvem der har lettest ved at fremskaffe de relevante informationer, hvorved ’transaction costs’ minimeres.³⁵⁰

Uanset hvor grænsen ligger, kommer Intel-frameworket dog næppe til at medføre nogen væsentlig ændring, idet Kommissionen selv under objectkategorien som udgangspunkt vurderer adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og i denne forbindelse inddrager virksomhedernes argumenter.³⁵¹ Hvor grænsen ligger har dog stadigvæk reel betydning for domstolsprøvelsen samt en principiel betydning for håndhævelsen, hvorfor det bør klarlægges af EU-Domstolen.

3.3.3.3 Eksklusion af mindre effektive konkurrenter

Der kan på baggrund af *Intel* stilles spørgsmålstejn ved, om alene eksklusion af *lige så* effektive konkurrenter – og dermed ikke eksklusion af *mindre* effektive konkurrenter – kan udgøre misbrug. Såfremt dette er tilfældet, står det i modsætning til *Post Danmark II* (som *Intel* slet ikke refererede til), hvorefter eksklusion af mindre effektive konkurrenter i visse tilfælde kan udgøre misbrug under hensyn til det konkurrencepres, som de kan udøve.

Fra et økonomiteoretisk synspunkt er der belæg for Domstolens udtalelse i *Post Danmark II*, idet konkurrencepreset fra mindre effektive konkurrenter, kan være

³⁴⁶ Forenede sager 56 og 58/64, *Consten/Grundig*.

³⁴⁷ Se f.eks. sag T-201/04, *Microsoft*, pr. 89, der henviser til ’Tetra Laval-standard’, som blev etableret i sag C-12/03 P, *Tetra Laval*, pr. 39.

³⁴⁸ Sag T-321/05, *AstraZeneca*, pr. 745, og Ibáñez Colomo, P., ‘The future of Article 102 TFEU after Intel’ (2018) *Journal of European Competition Law & Practice* (18. april 2018), s. 24.

³⁴⁹ Laitenberger, J. ‘Accuracy and administrability go hand in hand’, Bruxelles 12. december 2017, tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24en.pdf, s. 12.

³⁵⁰ Se Coase, R.H. ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, pp. 1–44 om betydningen af transaction costs.

³⁵¹ Laitenberger, J. ‘Accuracy and administrability go hand in hand’, Bruxelles 12. december 2017, tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24en.pdf, s. 9.

til gavn for forbrugervelfærden.³⁵² Desuden har mindre effektive konkurrenter en særlig betydning, når den dominerende virksomhed er 'first mover', og i forhold til visse former for misbrug giver det ikke mening at skelne mellem lige så effektive og mindre effektive konkurrenter.³⁵³ Af samme grund anerkendes det i *Håndhævelsesvejledningen* (der generelt antager en mere effektbaseret tilgang til artikel 102), at eksklusion af mindre effektive konkurrenter i visse tilfælde kan udgøre misbrug.³⁵⁴

Et modargument til beskyttelsen af lige så effektive konkurrenter er dog, at hvis alene eksklusion af lige så effektive konkurrenter forbydes, skabes der en 'safe harbour' for virksomheder, hvorudfra de kan fastlægge deres kommercielle adfærd på baggrund af egne priser (for så vidt angår prisadfærd). Dette skaber større klarhed om retsstillingen, hvilket kan fordr yderligere investeringer, innovation m.v.

Det er vores opfattelse, at eftersom eksklusion af mindre effektive konkurrenter kan være til skade for forbrugervelfærden under særlige omstændigheder, bør artikel 102 også finde anvendelse i disse tilfælde. Der bør imidlertid gælde en formodning for, at alene eksklusion af lige så effektive konkurrenter udgør misbrug, hvilken dog bør kun kunne tilbagevises af Kommissionen, hvor der foreligger ganske særlige omstændigheder. EU-Domstolen bør derfor for det første afklare, om artikel 102 (fortsat) finder anvendelse på eksklusion af mindre effektive konkurrenter, og i så fald under hvilke omstændigheder.

3.3.3.4 Krav om anvendelse af AEC-testen

Post Danmark II angav, at AEC-testen er et redskab blandt flere, og at der ikke gælder nogen forpligtelse for Kommissionen til at anvende testen. I *Intel* udtalte Domstolen i modsætning hertil, at artikel 102 kun beskytter lige så effektive konkurrenter, hvilket potentielt kan anses for at påkræve anvendelse af AEC-testen. *Intels* brede formulering om beskyttelse af lige så effektive konkurrenter indeholdte imidlertid ikke nogen henvisning til AEC-testen. Der er derfor grundlag for

³⁵² Østerud, E., *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law* (Wolters Kluwer: 2010), s. 306, og O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 232, der bl.a. henviser til Armstrong, M. & Vickers, J., 'Price discrimination, competition and regulation' (1993) 41 *The Journal of Industrial Economics* 4, pp. 335–359.

³⁵³ O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 232 f.

³⁵⁴ *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 24.

at antage, at Kommissionen ikke er underlagt en forpligtelse til at anvende testen.³⁵⁵ Endvidere fandt Domstolen i *Intel*, at der i det konkrete tilfælde var en forpligtelse til at undersøge AEC-testen, idet den havde “played an important role in the Commission’s assessment”.³⁵⁶ Dette støtter antagelsen om, at der ikke gælder en generel forpligtelse til at anvende testen.

Det er på baggrund af ovenstående vores opfattelse, at der ikke gælder en principiel forpligtelse til at anvende AEC-testen på prisbaseret adfærd.³⁵⁷ Testen kan desuden være ikke-uproblematisk at anvende i visse tilfælde, da det eksempelvis kan være svært at allokere såkaldte ‘shared costs’, hvorfor alternativ økonomisk analyse skal kunne erstatte eller supplere en AEC-test.³⁵⁸ Testen derfor hverken bør eller kan anvendes i alle tilfælde, hvilket EU-Domstolen bør fastslå (på ny).

I den praktiske virkelighed vil testen dog typisk blive anvendt på prisbaseret adfærd.³⁵⁹ Det skyldes dels, at Kommissionen ifølge *Håndhævelsesvejledningen* vil anvende den ved vurderingen heraf,³⁶⁰ og dels at virksomheder kan anfægte Kommissionens misbrugsvurdering gennem deres egen AEC-test, hvorefter Kommissionen i medfør af Intel-frameworket antageligt må skulle forholde sig hertil – til eksempel ses dette allerede i *Qualcomm*.³⁶¹

3.3.3.5 *Uoverensstemmelse mellem misbrugsformer*

En sidste problemstilling – som ikke er uafklaret, men som EU-Domstolen efter vores opfattelse bør genoverveje – er, om funktionelt ens misbrugsformer bør behandles ens. For nuværende medfører leveringsnægtelse og margin squeeze det samme; nemlig at aftagere af en ydelse ikke får adgang til ydelsen. Margin squeeze kan siges at udgøre konstruktiv leveringsnægtelse gennem høj prissætning. Ikke

³⁵⁵ Petit, N., ‘The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases’ (2018), s. 21.

³⁵⁶ Sag C-413/14 P, *Intel*, pr. 143.

³⁵⁷ I den forbindelse kan bemærkes, at AEC-testen ikke har relevans for ikke-prisbaseret adfærd samt i de særlige tilfælde, hvor eksklusion af en mindre effektiv konkurrent kan udgøre misbrug. Se desuden Lamadrid, A. (2017), ‘More questions (and some answers) on, and beyond, Intel (C-413/14 P)’, Chillin’Competition, tilgængelig på: www.chillingcompetition.com.

³⁵⁸ Se desuden forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott i sag 23/14, *Post Danmark II*, pkt. 65 ff., om problemer forbundet med AEC-testen.

³⁵⁹ Petit, N., ‘The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases’ (2018), s. 21.

³⁶⁰ *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 23-27.

³⁶¹ ‘Antitrust: Commission fines Qualcomm €997 million for abuse of dominant market position’, Bruxelles 24. januar 2018, IP/18/421 som Kommissionen udstedte i forbindelse med vedtagelse af afgørelsen.

desto mindre behandles de to misbrugsformer forskelligt, idet der for leveringsnægtelse stilles krav om bl.a. ydelsens uundværlighed. Dette er ikke en ønskelig situation, og EU-Domstolen bør derfor genoverveje spørgsmålet og sidestille funktionelt ens misbrugsformer.

3.4 Effektivitetsgevinster

Anerkendelsen af effektivitetsforsvaret i *Håndhævelsesvejledningen*, Kommissionens og EU-Domstolens praksis er blevet mødt med positive reaktioner, da en væsentlig række af unilateral adfærd kan indebære såvel positive som negative virkninger på forbrugervelfærden.³⁶² Selve effektivitetsforsvarets anerkendelse kan ses som en konsekvens af the more economic approachs indflydelse på artikel 102.

Med *Post Danmark I* blev der skabt overensstemmelse mellem betingelserne for effektivitetsforsvaret som angivet af Kommissionen i *Håndhævelsesvejledningen* (samt anvendt i dens praksis) og som fastlagt af EU-Domstolen, og de to institutioner anlægger derfor den samme tilgang. På trods heraf har effektivitetsforsvaret ikke vist sig at have nogen rolle i praksis, idet virksomheder ikke har kunne godtgøre eksistensen af effektivitetsgevinster. Forsvaret kan derfor siges ikke at have haft nogen reel betydning.³⁶³ Dette skyldes flere forhold, herunder særligt betingelsernes strenge fortolkning, samt det forhold at der har været uoverensstemmelse mellem Kommissionens bevisbyrde for misbrug og virksomhedernes bevisbyrde for effektivitetsgevinster. Dette har været tilfældet både under effectkategorien, men i endnu højere grad under objectkategorien.

Med *Intel* imødekom Domstolen den særlige uoverensstemmelse i objectkategorien. Afgørelsen etablerede, at hvis virksomheden fremlægger beviser for effektivitetsgevinster, skal Kommissionen vurdere adfærdens potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, idet afvejningen mellem gevinster og skade ellers ikke kan foretages. Virksomheder vil derfor ikke længere skulle bevise effektivitetsgevinster, uden at Kommissionen forinden har påvist potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.

En generel uoverensstemmelse består dog fortsat, idet virksomheder skal påvise, at adfærden ikke er til skade for forbrugervelfærden, selv om Kommissionen alene skal påvise, at adfærden har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Virksomhederne skal således tilbagevise forbrugerskade, hvilket Kommissionen

³⁶² O'Donoghue, R. & Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102*, (Hart Publishing: 2. udgave 2013), s. 286.

³⁶³ *Ibid.*, s. 287. Se desuden Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 297, som anfører, at Kommissionens tilgang til effektivitetsforsvaret er "out of sync".

ikke er forpligtet til at påvise. Det er dog vores opfattelse, at denne uoverensstemmelse ikke er videre problematisk. For det første har *Intel* (og *Post Danmark I*) medført, at Kommissionen som udgangspunkt er nødsaget til at påvise, at adfærden kan ekskludere lige så effektive konkurrenter. Kommissionen vil derfor almindeligvis påvise, at adfærden er egnet til at skade forbrugervelfærden som følge af eksklusion af lige så effektive konkurrenter. Det er rimeligt at stille krav om, at virksomheden skal godtgøre effektivitetsgevinster på dette grundlag. For det andet er uoverensstemmelsen delvist afhjulpet ved, at Kommissionen i sin praksis typisk inddrager adfærdens virkninger på forbrugervelfærden.

3.4.1 Konsekvenser af effektivitetsforsvarets introduktion og ændringer

Introduktionen af effektivitetsforsvaret har medvirket til at præcisere anvendelsen af artikel 102. Det medfører, at der ikke gribes ind over for adfærd, som nok har konkurrencebegrænsende virkninger, men som samlet set er til gavn for forbrugervelfærden. Dette har naturligvis samtidig den negative virkning, at håndhævelsen besværliggøres, og at omkostningerne forbundet hermed øges.

Desuden har Intel-frameworket koblet med effektivitetsforsvaret den afledte konsekvens, at vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger præciseres, idet virksomheder gennem fremlæggelse af bevis for effektivitetsgevinster kan tvinge Kommissionen til at foretage en vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger. Dette har reelt samme virkning som Intel-frameworkets etablering af virksomheders mulighed for at tilbagevise *prima facie*-formodningen, og det må ligeledes antages at føre til færre type I-fejl, men højere omkostninger.

3.4.2 Uafklarede spørgsmål

EU-Domstolen bør klarlægge, hvornår en virksomhed under Intel-frameworket har fremlagt tilstrækkelige beviser for effektivitetsgevinster før, at Kommissionen skal vurdere de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. På linje med det tilsvarende spørgsmål under misbrugsvurderingen er det vigtigt at skabe den rette balance. Et for højt beviskrav vil gøre betydningen af frameworket illusorisk, mens et for lavt krav *de facto* vil eliminere *prima facie*-formodningen. Efter vores opfattelse bør det være tilstrækkeligt, hvis virksomheder sandsynliggør, at deres adfærd kan indebære effektivitetsgevinster, samt at det ikke blot er en hypotetisk mulighed, at gevinsterne kan opveje de formodede konkurrencebegrænsende virkninger.³⁶⁴

Endvidere bør EU-Domstolen tage stilling til Kommissionens udtalelse i *Håndhævelsesvejledningen* om, at adfærd normalt ikke kan retfærdiggøres, hvis den er

³⁶⁴ Se desuden i det hele afsnit 3.3.3.2.

med til at opretholde, skabe eller styrke en markedsstilling, der nærmer sig en monopolstilling.³⁶⁵ Dette er efter vores opfattelse uoverensstemmende med en effekt-baseret tilgang til artikel 102, og en virksomheds størrelse bør ikke afskære den fra adgangen til et effektivitetsforsvar. Vurderingen af effektivitetsgevinster skal inkludere både langsigtede og kortsigtede skader på forbrugervelfærden, og såfremt forbrugervelfærden ikke lider skade, men faktisk får gavn af adfærden, bør adfærden ikke forbydes.

3.5 Sammenfattende om konsekvenser af the more economic approach

Der har med the more economic approach været et ønske om at tilpasse artikel 102 til i højere grad at være i overensstemmelse med moderne økonomisk teori. De ønskede tilpasninger har vedrørt (i) en præcisering af anvendelsen af artikel 102 med henblik på at sikre, at alene adfærd med konkurrencebegrænsende virkninger forbydes, og (ii) en ændring af bestemmelsens formål til i højere grad at omfatte beskyttelse af forbrugervelfærden.

Ændringerne i form af de effektbaserede tiltag under dominansvurderingen, misbrugsvurderingen og effektivitetsforsvaret har alle medført en øget præcision i anvendelsen af artikel 102. Den øgede præcision er sket på bekostning af bestemmelsens anvendelighed, der på visse punkter er blevet begrænset, hvilket medfører øgede håndhævelsesomkostninger og reduktion af virksomhedernes evne til at forudsige deres retsstilling.

Man har ved moderniseringen af artikel 102 været klar over, at den øgede præcision ville medføre lavere anvendelighed, og der er som følge heraf ikke sket en fuldstændig tilsidesættelse af balancen mellem artikel 102's præcision og anvendelighed. Dette ses til eksempel ved bibeholdelsen af *prima facie*-formodninger koblet med mulighed for tilbagevisning heraf gennem Intel-frameworket. Tilsvarende har markedsandele i Kommissionens praksis antaget betydning som en indikator, mens deres betydning er blevet nedtonet, hvilket ligeledes medvirker til at skabe balance mellem anvendelighed og præcision. Gennem øget brug af en effektbaseret tilgang kombineret med fastholdelsen af formodninger og indikatorer har artikel 102 fundet en måde, hvorpå dens præcision forbedres, uden at dette sker på bekostning af en markant begrænsning af dens anvendelighed.

Det er et normativt spørgsmål, hvordan balanceringen mellem præcision og anvendelighed bør foretages, hvorfor det ikke er givet, at den skabte balancering er den 'korrekte'. Højere præcision kunne være opnået, hvis der blev stillet krav om påvisning af faktiske konkurrencebegrænsende virkninger i alle tilfælde, og at

³⁶⁵ *Håndhævelsesvejledningen*, pkt. 30.

disse er til skade for forbrugervelfærden. Sådanne ændringer ville dog medføre en større reduktion af anvendeligheden. Kommissionen og EU-Domstolen ses da også at have anlagt forskellige balanceringer. Kommissionen har prioriteret præcision højere end EU-Domstolen, hvilket kommer til udtryk med dens supplerende vurderinger af potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og eventuelt af virkninger på forbrugervelfærden.

Ændringerne forårsaget af the more economic approach har også berørt selve forståelsen af, hvad artikel 102 har til formål at beskytte. Inden the more economic approach fik indflydelse på EU-konkurrenceretten, forfulgte bestemmelsen en bred vifte af både økonomiske og (socio)politiske formål. Kommissionen udtrykte i *Håndhævelsesvejledningen*, at formålet med artikel 102 var at beskytte forbrugervelfærden gennem en beskyttelse af konkurrenceprocessen. Dette er også kommet til udtryk i dens praksis. Domstolens Store Afdeling har med *Post Danmark I* og *Intel* tilsvarende udtrykt, at artikel 102' formål er at beskytte forbrugervelfærden gennem beskyttelse af lige så effektive konkurrenter.³⁶⁶ Ingen af de to institutioner har dog entydigt angivet beskyttelse af forbrugervelfærden som det ultimative og eneste formål med artikel 102. Beskyttelse af forbrugervelfærden har derimod antaget en afgørende, central rolle, hvilket er sket på bekostning af særligt en beskyttelse af konkurrenter gennem beskyttelse af konkurrencestrukturen.³⁶⁷ Beskyttelse af forbrugervelfærden må som følge heraf anses for (sammen med markedsintegration) at være de(t) centrale formål, som artikel 102 forfølger.³⁶⁸

³⁶⁶ Petit, N., 'The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases' (2018), s. 13 f.

³⁶⁷ Witt, A.C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Hart Publishing: 2016), s. 302 ff.

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 302.

4. Konklusion

The more economic approach har for artikel 102 TEUF medført en præcision af retsanvendelsen gennem en mere effektbaseret tilgang, som anvender økonomisk teori og analyse i den enkelte sag. Dette sikrer at alene adfærd med konkurrencebegrænsende virkninger forbydes, og type I-fejl undgås. Det har dog samtidig medført en begrænsning af bestemmelsens anvendelighed, hvormed håndhævelsesomkostningerne forøges og forudsigeligheden omkring virksomheders retsstilling reduceres. Dette er sket gennem ændringer af dominansvurderingen og misbrugsvurderingen samt introduktionen og senere ændringer af effektivitetsforsvaret. Ændringerne er generelt indledt i Kommissionens håndhævelse og er derefter i et vist omfang fulgt af EU-Domstolen. Derudover har the more economic approach medført en tilpasning af artikel 102's formål til at have øget fokus på beskyttelse af forbrugervelfærden.

Kommissionens reformering af EU-konkurrenceretten som følge af the more economic approach indledtes i slutningen af 1990'erne med artikel 101 og derefter fusionskontrolreglerne. Reformeringen af artikel 102 blev indledt i 2005 med *EAGCP's rapport* og *GD Konkurrences debatoplæg*, og ændringer kan allerede ses i Kommissionens praksis fra omkring dette tidspunkt. I 2009 tilkendegav Kommissionen med *Håndhævelsesvejledningen*, hvordan den fremadrettet ville håndhæve artikel 102 over for ekskluderende adfærd. Den udtrykte, at formålet med bestemmelsen var at beskytte forbrugervelfærden. Som led heri (i) skulle dominansvurderingen nuanceres, (ii) misbrugsvurderingen skulle forankres i en vurdering af adfærdens konkurrenceafskærmende virkninger i den enkelte sag for at sikre, at der alene blev grebet ind over for adfærd til skade for forbrugerne, og (iii) virksomheder skulle kunne forsvare adfærd med henvisning til effektivitetsgevinster.

Dominansvurderingen er i Kommissionens og EU-Domstolens praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* blevet mere nuanceret, men ændringerne er begrænsede. Kommissionen har nedtonet betydningen af markedsandele, idet den ikke har forladt sig på meget høje markedsandele, men har foretaget en bredere og mere dybdegående inddragelse af øvrige faktorer. Ændringerne har medvirket til at gøre dominansvurderingen mere egnet til at vurdere markedsstyrke – et begreb som EU-Domstolen (endnu) ikke har taget til sig. EU-Domstolen har ikke nedtonet betydningen af markedsandele i samme grad som Kommissionen. EU-Domstolen synes dog ikke længere at tillægge markedsandele betydning som mere end en indikator. Dominans udgør desuden ikke længere kun et 'filter' for artikel 102's

anvendelse, idet begge institutioner tillægger graden af dominans betydning for misbrugsvurderingen.

Misbrugsvurderingen – herunder relevansen af forbrugerskade – er det område, der har undergået de væsentligste ændringer, og hvor de to institutioners praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* adskiller sig mest. Kommissionen og EU-Domstolen er på det principielle plan tilnærmelsesvis enige om, hvordan konkurrencebegrænsende virkninger skal vurderes, samt hvilken rolle skade på forbrugervelfærden har. Imidlertid går Kommissionen i sin praksis videre end påkrævet af EU-Domstolen.

I forhold til vurdering af konkurrencebegrænsende virkninger lader ekskluderende adfærd sig på baggrund af praksis opdele i to overordnede former for adfærd: (i) adfærd som formodes at have konkurrencebegrænsende virkninger og dermed *prima facie* udgør misbrug, og (ii) adfærd hvor potentielle konkurrencebegrænsende virkninger skal påvises. Ud fra en analogi til artikel 101 kan de to karakteriseres som en 'objectkategori' henholdsvis 'effectkategori'. Kommissionen foretager dog som udgangspunkt altid en vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger. Med *Intel* har Domstolen givet mulighed for, at virksomheder kan tilbagevise formodningen under objectkategorien, hvorefter Kommissionen også her skal påvise potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Der er således med *Intel* skabt større overensstemmelse mellem Kommissionens og EU-Domstolens tilgange. Betydningen af *Intel* er dog begrænset, idet Kommissionen selv under objectkategorien som udgangspunkt foretager en supplerende vurdering af de konkurrencebegrænsende virkninger.

I forhold til betydningen af, om forbrugervelfærden lider skade, er forskelligheden mellem de to institutioners tilgange større. Kommissionen inddrager som udgangspunkt virkninger på forbrugervelfærden som et relevant element i misbrugsvurderingen. Det gør den både gennem supplerende vurderinger og kobling af kvalificerede antagelser om forbrugerskade på vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger. EU-Domstolen anser ikke dette for påkrævet. Den har i overensstemmelsen med Kommissionen dog omfortolket misbrugsbegrebet til at angå eksklusion af *lige så effektive* konkurrenter, idet sådan eksklusion antages at være til skade for forbrugervelfærden. Artikel 102 har dermed til formål at beskytte forbrugervelfærden og ikke konkurrencestrukturen som sådan.

Effektivitetsforsvarets introduktion må anses som en følge af the more economic approach. Begge institutioner har i praksis efter *Håndhævelsesvejledningen* anerkendt forsvaret og anlægger ens betingelser for dets opfyldelse. Forsvaret har imidlertid ikke vist sig at have haft praktisk relevans. Med *Intel* har Domstolen skabt en ny betydning for effektivitetsforsvaret, idet Kommissionen – ved virksomhedens fremlæggelse af bevis for effektivitetsgevinster – er forpligtet til at vurdere de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger.

Konsekvenserne af de identificerede ændringer for dominansvurderingen, misbrugsvurderingen og effektivitetsforsvaret har alle medført en øget *præcisering*, men samtidig også en reduktion af *anvendeligheden* af artikel 102. De identificerede ændringer kan anses som en balancering af disse to elementer. Særligt *Intels* fastholdelse af *prima facie*-formodninger koblet med mulighed for tilbagevisning heraf samt begge institutioners bibeholdelse af markedsandele som en indikator for dominans er udtryk for denne balancering. Hvorvidt balanceringen er den 'korrekte' er et normativt spørgsmål, og der kan derfor ikke siges noget entydigt herom. Endelig efterlader praksis en række uafklarede spørgsmål af betydning for bl.a. balanceringen, som institutionerne skal forholde sig til i deres fremtidige praksis.

Diskriminerende misbrug

Advokatfuldmægtig Jonas Espersen (Januar 2019)

Prisdiskrimination er i flere henseender et uafklaret retsområde indenfor EU-konkurrenceretten, hvilket ikke mindst forstærkes af, at velfærdseffekterne af prisdiskrimination mildest talt er tvetydige. I indeværende afhandling er det forsøgt klarlagt hvorvidt, og i bekræftende fald under hvilke betingelser dominerende virksomheders anvendelse af diskriminerende priser er i strid med artikel 102.

Afhandlingen har vist, at de former for prisdiskrimination, der har som effekt at afskærme den dominerende virksomheds mindst *lige så* effektive konkurrenter følger de i praksis udviklede principper for ekskluderende adfærd.

Det ses sjældent, at den form for prisdiskrimination, som stiller den dominerende virksomheds handelspartnere ringere i konkurrencen overfor disses konkurrenter på et *andet* marked, end hvor den dominerende virksomhed selv er aktiv, selvstændigt forfølges og fordømmes. Sammenholdes den begrænsede praksis med den præjudicielle afgørelse *MEO*, kan det dog konkluderes, at sådan prisdiskrimination tillige er genstand for en art effektanalyse af afskærmningsrisikoen. En sådan helhedsbaseret vurdering af diskriminerende adfærd har desuden støtte i den bagvedliggende økonomiske teori, som fordrer en kasuistisk undersøgelse af velfærdseffekterne af prisdiskrimination. Det konkluderes imidlertid også, at det stadig forekommer uafklaret i hvilken *grad* handelspartnerens stilling skal påvirkes, før at der foreligger en konkurrenceforvridning i artikel 102, litra c's forstand. Henset hertil diskuteres fordele og ulemper forbundet med at overføre en art AEC-test til denne form for prisdiskrimination.

Endelig er prisdiskrimination i sjældne tilfælde blevet forfulgt på baggrund af adfærdens udnyttende effekter. Det konkluderes imidlertid, at den seneste praksis' krav om påvisning af et konkurrenceforhold og en dertil knyttet konkurrenceforvridning, har underkendt disse sager. Sådan adfærd må derfor formentlig fremover forfølges efter de i praksis udviklede principper for urimeligt høje priser, jf. artikel 102, litra a. Gennem en normativ vurdering af den fremadrettede regulering af dominerende virksomheders implementering af personlige priser konkluderes det dog afslutningsvist, at det formentlig er for tidligt at udelukke, at Kommissionen ikke vil forsøge at forfølge sådan udnyttende prisdiskrimination efter en anden retlig standard end traditionel udnyttelse.

1. Indledning

Prissætning af et produkt eller en tjenesteydelse er en vanskelig størrelse, idet der ofte vil være et spænd mellem den pris nogle er villige til at betale, versus hvad andre er villige til at betale for samme ydelse. I et rent økonomisk perspektiv anføres det undertiden, at værdien af en ydelse ultimativt afhænger af den pris som folk er villige til at betale.¹ Prisdiskrimination kan således anskues som et udtryk for virksomheders stræben efter at ramme den enkelte kundes individuelle betalingsvillighed.² Sådanne prisdifferentieringer på tværs af markeder og kundegrupper er som udgangspunkt ikke konkurrencehæmmende, men udgør derimod en del af konkurrencerettens dynamiske tilpasningsproces, hvilket overordnet set fører til lavere priser.³ Prisdiskrimination er dog ikke i alle henseender en lovlig praksis under EU-konkurrenceretten, idet diskrimination også kan have en række konkurrencebegrænsende virkninger. På EU-plan reguleres prisdiskrimination umiddelbart af artikel 102, litra c. Det følger af bestemmelsen, at der foreligger en ulovlig praksis i det omfang en virksomhed misbruger sin dominerende stilling ved at anvende;

”ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen.”

Rent sprogligt begrænser ordlyden således litra c's anvendelsesområde til situationer, hvor diskriminationen skader den dominerende virksomheds handelspartnere. Imidlertid viser EU-praksis, at bestemmelsen også er fundet anvendelig i de tilfælde, hvor diskriminationen reelt tilsigter at afskærme den dominerende virksomheds konkurrenter, enten *horisontalt* gennem selektive prisnedsættelser og

¹ O'Donoghue, Robert & Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. udg., 2013, Hart Publishing, s. 746 (*O'Donoghue & Padilla 2013*).

² Bergqvist, Christian, m.fl., Where Do We Stand on Discounts – a Nordic Perspective, 2017, Ex Tuto, Publishing, s. 16-20 (*Bergqvist m.fl. 2017*).

³ Fall, Jonathan & Nikpay, Ali, The EU law of competition, 3. udg., 2014, Oxford University Press, s. 524 (*Faull & Nikpay 2014*). I økonomisk teori anføres det således, at prisdiskrimination er en tvetydig praksis, som ikke nødvendigvis fører til velfærdstab, jf. nærmere herom afsnit 2.2.

visse rabatter, eller *vertikalt*, gennem favorisering af den dominerende virksomheds egne aktiviteter på et efterfølgende marked.⁴ Afskærmning af den dominerende virksomheds konkurrenter kategoriseres traditionelt som et ekskluderende misbrug. Indlejret i sådan adfærd er imidlertid ofte en iboende prisdiskrimination. Begrebsmæssigt er prisdiskrimination således en vidtrækkende praksis, som i mange tilfælde udgør et delelement i den dominerende virksomheds ekskluderende adfærd. Hvorvidt prisdiskrimination udenfor disse ekskluderende misbrugsformer kan udgøre et horisontalt misbrug, forekommer imidlertid endnu ikke at være afklaret i praksis.⁵ Rækkevidden af prisdiskriminationsforbuddet er ikke alene uklart i en horisontal kontekst. Som anført ovenfor forudsætter artikel 102, litra c udtrykkeligt, at handelspartneren stilles ringere i konkurrencen. Kommissionen og EU-Domstolen har imidlertid været (overraskende) tilbageholdende med at tillægge kravet et selvstændigt materielt indhold.⁶ Denne praksis eller mangel på samme, har derfor resulteret i, at der består en betydelig usikkerhed forbundet med at fastslå, hvornår anvendelsen af diskriminerende priser stiller en handelspartner konkurrencemæssigt ringere efter artikel 102, litra c.

Endvidere forekommer artikel 102, litra c, også at være blevet anvendt til at fordømme nationalitetsbaseret diskrimination, navnlig hvis praksissen har haft potentiale til at skade det indre marked.⁷ Fra Kommissionens side synes der også at kunne identificeres et ønske om mere generelt at anvende bestemmelsen overfor diskrimination rettet direkte imod forbrugere.⁸ Der kan imidlertid stilles spørgsmålstegn ved, om bestemmelsen omfatter sådan udnyttende praksis, idet ordlyden synes at forudsætte tilstedeværelsen af et konkurrenceforhold mellem de berørte handelspartnere. Henset til at prisdiskrimination ofte er velfærdsfremmende, er en bred fortolkning af bestemmelsens anvendelsesområde da heller ikke uden betænkeligheder. Et spørgsmål der således trænger sig på er, hvorvidt en sådan fortolkning kan øge risikoen for fordømmelse af adfærd, som er konkurrenceneutral, eller ligefrem konkurrencefremmende. På trods af at prisdiskrimination indgår i talrige afgørelser fra Kommissionen og EU-Domstolen, forekommer den nærmere rækkevidde af diskriminationsforbuddet således fortsat uafklaret. Vejledningen om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102, indeholder alene retningslinjer for vurderingen af ekskluderende adfærd, og skønt Kommissionen tilbage i 2005 lovede at udfærdige en

⁴ Geradin, Damien, m.fl., *EU Competition Law and Economics*, 1. udg., 2012, Oxford University Press, s. 293 (*Geradin m.fl. 2012*) og O'Donoghue & Padilla 2013, s. 245-246.

⁵ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 777-778.

⁶ *Ibid.*, s. 796.

⁷ Se bl.a. C-18/93, *Corsica Ferries*, pr. 51 og 27/76, *United Brands*, pr. 233.

⁸ IV/36.888, *Football World Cup*, pkt. 100 og COMP/C-1/36.915, *Interception of cross-border mails*, pkt. 133.

vejledning for behandlingen af (pris)diskrimination, har denne - her snart 15 år efter - endnu ikke set dagens lys.⁹

2. Prisdiskrimination i et økonomisk perspektiv

2.1. Første, anden- og tredjegradsprisdiskrimination

I økonomisk teori defineres prisdiskrimination som salg af det samme produkt til forskellige priser, uden at prisforskellen er et resultat af forskelle i salgsomkostningerne. Prisdiskrimination foreligger herefter, når forholdet mellem prisen og marginalomkostningen er forskellige ved forskellige salg.¹⁰ Traditionelt opdeles prisdiskrimination i første, anden- og tredjegradsprisdiskrimination. I almindelighed antages det, at (profitabel) prisdiskrimination fordrer, at virksomheden i en vis udstrækning har et kendskab til kundens individuelle betalingsvillighed.¹¹ Endvidere er prisdiskrimination betinget af, at virksomheden er i stand til at eliminere eller stærkt reducere kundens mulighed for videresalg.¹² Førstegradsprisdiskrimination dækker over en situation, hvor en virksomhed kender samtlige sine kunders maksimale betalingsvillighed og opkræver dem herefter, jf. nedenfor. Ved andenegradsprisdiskrimination er virksomheden ikke i stand til at diskriminere på grundlag af kundernes individuelle betalingsvillighed. Prisdiskriminationen manifesterer sig således ved, at kundens valg bliver afgørende for den endelige pris. Andenegradsprisdiskrimination ses i praksis ved eksempelvis mængderabatter, hvorved

⁹ Bergqvist m.fl. 2017, s. 113, jf. MEMO/05/486, Commission discussion paper on abuse of dominance - frequently asked questions, Brussel, af 19. december 2005, jf. følgende: "*The Commission is also reviewing its policy towards exploitative and discriminatory abuses. The work has started but is not yet at the state of public consultation.*"

¹⁰ Se bl.a. Fumagalli, Chiara, Motta, Massimo & Calcagno, Claudio, *Exclusionary practices: the economics of monopolization and abuse of dominance*, 1. udg., 2018, Cam-bridge University Press, 2018, s. 127 (*Fumagalli m.fl. 2018*) og Geradin m.fl. 2012, s. 294.

¹¹ Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, 1. udg., 2005, Cam-bridge University Press, 2013, s. 492 (*Motta 2005*).

¹² *Ibid.*

gennemsnitsprisen falder i takt med at yderligere produkter aftages. Endelig foreligger tredjegradsprisdiskrimination, hvor virksomheden prisdiskriminerer på baggrund af kundegruppers forskellige *observerbare* karakteristika.¹³

2.2. Er prisdiskrimination velfærdsfremmende- eller hæmmende?

Særligt indenfor markeder hvor sælgeren har foretaget massive investeringer, kan prisdiskrimination være et middel til at øge afsætningen og herved genindvinde de faste omkostninger. Prisdiskrimination tillader således virksomheder at opkræve priser over marginalomkostningen¹⁴ for kunder hvis betalingsvillighed tillader dette, mens kunder med lavere betalingsvillighed opkræves tættere på marginalomkostningen.¹⁵ Et forbud mod prisdiskrimination indenfor sådanne markeder ville således fjerne incitamentet til at foretage investeringerne, reducere produktionen og således ultimativt skade konkurrencen.¹⁶ I tillæg til ovenstående kan prisdiskrimination medføre, at kunder, der under en ensartet prisfastsættelse ikke ville blive serviceret på grund af deres lavere betalingsvilje- eller dygtighed, bliver i stand til at rekvirere produktet.¹⁷ Endvidere må det antages, at et forbud mod prisdiskrimination vil fjerne den individuelle forhandlingsevne- og vilje, som kendetegner et konkurrencepræget marked. Manglende mulighed for at prisdiskriminere vil også gøre det sværere for handelspartnere at udnytte deres forhandlingsposition til at sikre sig bedre prisvilkår, hvilket alt efter omstændighederne må formodes også at resultere i lavere priser til forbrugerne.¹⁸ Forbud mod prisdiskrimination kan endvidere øge risikoen for at en virksomhed udnytter prisdiskriminationsforbuddet til at afvise at give en efterfølgende kontraktpart en lavere pris, hvilket kan resultere i et kunstigt højt prisniveau.¹⁹ Afhængig af markedsforholdene medfører

¹³ Fumagalli m.fl. 2018, s. 127.

¹⁴ Ved marginalomkostningen forstås den omkostning, der er påkrævet for at producere én ekstra enhed, jf. O'Donoghue & Padilla 2013, s. 784.

¹⁵ *Ibid.*, s. 784-785.

¹⁶ Geradin m.fl. 2012, s. 296.

¹⁷ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 785 og Geradin, Damian & Petit, Nicolas, Price Discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach, Global Competition Law Centre, Working Paper 07/05, s. 6 (*Geradin & Petit 2005*).

¹⁸ Bulmash, Hagit, An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations, *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, vol. 8(2), s. 368-397 (s. 368-369) (*Bulmash 2012*).

¹⁹ Se O'Donoghue & Padilla 2013, s. 811, der henviser til de konkurrenceretlige udfordringer forbundet med såkaldte Most-favored Company (MFC) Clauses, som ofte indeholder et forbud mod at tilbyde bedre vilkår, end de vilkår kontraktparten har indgået med sælger. Klausulerne behandles dog som udgangspunkt efter artikel 101, jf. s. 824-825, hvorfor problemstillingen ikke behandles nærmere.

manglende mulighed for prisdifferentiering ligeledes øget risiko for tendenser til samordnet praksis.²⁰

Overfor disse positive velfærdseffekter af prisdiskrimination står imidlertid risikoen for afskærmning af lige så effektive konkurrenter. Prisdiskrimination i form af eksempelvis visse rabatter kan således skabe et stærkt incitament hos kunden til at placere hele sit behov hos én virksomhed. Desto større markedsstyrke virksomheden besidder desto større risiko antages der også at være for at adfærden er markedsafskærmende.²¹ Henset hertil kan dominerende virksomheders diskriminerende priser også være velfærdsbegrænsende, i det omfang prisdiskrimination afskærmer aktuelle eller potentielle konkurrenter til skade for den samlede produktion, og herved for konkurrencen og forbrugervelfærden.²² Økonomisk teori identificerer ligeledes en række konkurrencebegrænsninger på det efterfølgende marked, navnlig i det omfang en vertikalt integreret virksomhed diskriminerer med det formål at eliminere en downstream-konkurrent. I denne forbindelse bør det bemærkes, at en vertikalt integreret virksomhed ikke nødvendigvis har et økonomisk incitament til at forfølge et elimineringsmål. Graden af produktdifferentiering og den dominerende virksomheds downstream-afdelings markedsposition kan således tale imod det økonomisk rationale i at forfølge en sådan strategi. Eksempelvis vil en relativ lav markedsstyrke på downstream-markedet øge sandsynligheden for, at den bortledte efterspørgsel, som følger af afskærmningen, blot tilfalder andre downstream-konkurrenter i stedet for den integrerede downstream-afdeling.²³ Endvidere kan risikoen for at handelspartnere blot aftager ydelsen fra en alternativ leverandør, eller selv vælger at etablere sig på det forudgående marked, ligeledes mindske incitamentet til at diskriminere overfor disse i første omgang.²⁴ Henset til ovenstående formodes risikoen for en sådan prisbaseret egenfavorisering primært at forekomme på nyligt liberaliserede markeder. Virksomheder der tidligere besad et statsligt monopol, bibeholder således ofte store markedsandele, samtidig med at de kontrollerer væsentlige upstream-input, som ofte er nødvendige for downstream-konkurrenters adgang til at etablere sig. Sådanne markeder skaber med andre ord incitament for den dominerende virksomhed til at diskriminere mod sine downstream-konkurrenter.²⁵ Er den dominerende virksomhed ikke vertikalt integreret, må det herimod som klart udgangspunkt forventes, at den dominerende virksomhed ikke har nogen interesse i at afskærme sine kunder

²⁰ Geradin & Petit 2005, s. 21.

²¹ Bergqvist m.fl. 2017, s. 29.

²² *Ibid.*, s. 22-23.

²³ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 366-375.

²⁴ Bergqvist, Christian & Townsend, John, Enforcing Margin Squeeze Ex Post Across Converging Telecommunications Markets, Konkurrentverks Working Paper Series in Law and Economics, September 2015, s. 8. (*Bergqvist & Townsend 2015*).

²⁵ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 807.

fra det efterfølgende marked, idet en intens konkurrence reducerer risikoen for modstående købermagt, der kan begrænse den dominerende virksomheds markedsstyrke.²⁶ Velfærdseffekterne af prisdiskrimination er således tvetydige, og afhænger ultimativt af de konkrete omstændigheder i den enkelte sag, hvorfor økonomisk teori ikke giver belæg for at forbyde prisdiskrimination *per se*.²⁷ I almindelighed antages det dog, at prisdiskrimination er velfærdsmaksimerende i det omfang produktionen øges, udover hvad en ensartet prisfastsættelse ville medføre.²⁸

Dette er imidlertid også en sandhed med modifikationer, idet førstegradsprisdiskrimination, såkaldt perfekt prisdiskrimination, vil maksimere produktionen og herved øge den *samlede* velfærd.²⁹ Den samlede velfærd defineres som summen af forbruger- og virksomhedsvelfærd. Forbrugervelfærd udgør differencen mellem den pris en kunde er villig til at betale, og den pris kunden reelt betaler, mens virksomhedsvelfærd defineres som den profit, der opnås ved salg af ydelsen.³⁰ En *ensartet* prisfastsættelse hvor virksomheden opkræver hver kunde en pris svarende til *marginalomkostningen* vil i teorien resultere i en maksimal udnyttelse af samfundets ressourcer.³¹ Dette vil imidlertid ikke være profitabelt, hvorfor en virksomhed altid vil prissætte højere. Herved resulterer den ensartede prisfastsættelse i et dødsvægtstab (se figur 1). Ved perfekt prisdiskrimination vil virksomheden herimod have incitament til at producere indtil marginalomkostningerne ikke længere dækkes, dvs. indtil der ikke længere er nogle kunder som har en betalingsvillighed, der overstiger prisen ved at producere én ekstra enhed (se figur 2). Efter som hver kunde opkræves sin maksimale betalingsvillighed er virksomhedens indtjeningskurve sammenfaldende med efterspørgselskurven. Således fører perfekt prisdiskrimination til den mest effektive ressourceudnyttelse, idet der ikke opstår noget dødsvægtstab. Under perfekt prisdiskrimination tilfalder hele overskuddet imidlertid *alene* virksomheden på bekostning af forbrugervelfærden.³² Ultimativt afhænger velfærdseffekterne derfor også af den underliggende velfærdsstandard.³³

²⁶ Ibid., s. 779 og Geradin & Petit 2005, s. 34. Sidstnævnte anfører desuden også at afskærmning af handelspartnere på lang sigt kan indebære risiko for, at den favoriserede handelspartners distribution af ydelsen bliver mindre effektiv, såvel som risiko for at handelspartnere mister incitamentet til at kontrahere med virksomheden i det omfang den diskriminerende adfærd er identificerbar.

²⁷ Geradin & Petit 2005, s. 7 og O'Donoghue & Padilla 2013, s. 788.

²⁸ Motta 2005, s. 499, Fumagalli, m.fl. 2018, s. 130 og Geradin & Petit 2005, s. 6.

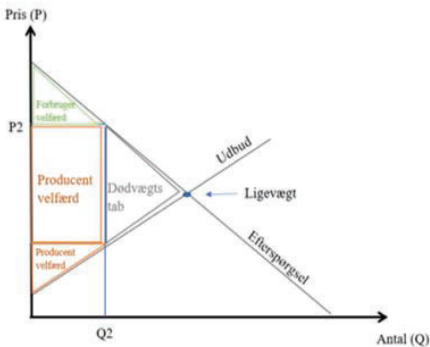
²⁹ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 785.

³⁰ Motta 2005, s. 18.

³¹ Ibid., s. 493f.

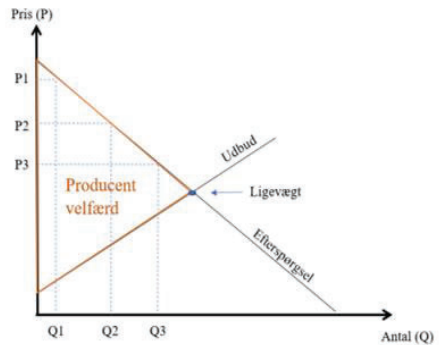
³² Ibid., s. 493-494. Perfekt prisdiskrimination er tidligere blevet sammenlignet med en hypotetisk situation, henset til at virksomheder sjældent, hvis nogensinde, er i stand til at kende deres kunders præcise individuelle betalingsvillighed. Som følge af den øgede handelsdigitalisering er begrebet imidlertid blevet mere virkelighedsnært, hvilket formentlig fordrer en større konkurrenceretlig opmærksomhed, jf. nærmere herom afsnit 5.3.

³³ Geradin & Petit 2005, s. 6.



Figur 1

(I figuren er virksomheden tvunget til ikke at diskriminere, og vælger derfor en pris-fastsættelse svarende til P2, hvilket fører til et dødvægtstab svarende til det blå område)



Figur 2

(Punktet på efterspørgselskurven P1/Q1 repræsenterer den køber som har den højeste betalingsvillighed, og som derfor opkræves herefter, og så fremdeles)

3. Horisontal afskærmningsdiskrimination

Som anført i specialets indledende afsnit kategoriseres horisontal afskærmningsdiskrimination ofte som et ekskluderende misbrug. Der består imidlertid et begrebsmæssigt overlap, idet horisontal afskærmningsdiskrimination dækker over afskærmning af aktuelle eller potentielle direkte konkurrenter, dvs. konkurrenter der befinder sig på *samme* marked, som virksomheden misbruger sin dominans på. Begrebet dækker endvidere over afskærmning af en up- eller downstream-konkurrent, dvs. konkurrenter som befinder sig på et andet marked, end det marked hvor virksomheden misbruger sin dominerende stilling. Dette vil være tilfældet i de situationer, hvor den dominerende virksomhed er vertikalt integreret, og herved aktiv på samme marked som visse af dens handelspartnere.

3.1. Selektive prisnedsættelser

En selektiv prisnedsættelse kan foreligge når den dominerende virksomhed tilbyder lavere priser til sine konkurrenters handelspartnere, eller til de af sine egne handelspartnere som formodes at ville skifte til konkurrenter, samtidig med at øvrige handelspartnere opkræves en højere pris.³⁴ Som anført indledningsvist vil der ofte foreligge et element af prisdiskrimination i predatory pricing sager. Spørgsmålet er herefter, om en selektiv prisnedsættelse *over* det relevante omkostningsniveau udgør et misbrug, eller om sådan prisdiskrimination alene er genstand for fordømmelse, når adfærden falder indenfor rammerne af predatory pricing.

3.1.1. EU-praksis vedrørende selektive prisnedsættelser

Som anført ovenfor bør selektiv prisnedsættelse ses i lyset af de i retspraksis etablerede principper for predatory pricing. AKZO-testen foreskriver, at når en virksomheds priser ikke dækker dennes gennemsnitlige variable omkostninger³⁵ (herefter "AVC") formodes prispolitikken at være med henblik på ulovlig eliminering eller disciplinering af sine konkurrenter. Er priserne højere end AVC, men lavere end virksomhedens gennemsnitlige totale omkostninger³⁶ (herefter "ATC") udgør adfærden alene prisdumping, i det omfang en elimineringshensigt kan påvises.³⁷ Kommissionen anfører, at den vil anvende begreberne gennemsnitlige undgåelige omkostninger (herefter "AAC") og langsigtede gennemsnitlige meromkostninger (herefter "LRAIC"). I det følgende anvendes de af Kommissionen foretrukne benchmarks.³⁸

³⁴ Geradin m.fl. 2012, s. 300.

³⁵ Variable omkostninger defineres som de omkostninger, der varierer afhængigt af mængden af produkter som en virksomhed producerer, jf. Whish & Bailey 2015, s. 758.

³⁶ Totale omkostninger udgøres af en virksomheds variable omkostninger plus faste omkostninger. Sidstnævnte defineres også som de omkostninger der *ikke* påvirkes af mængden af den samlede produktion, jf. Whish & Bailey 2015, s. 757.

³⁷ C-62/86, *AKZO*, pr. 71-72. Den økonomiske teori bag testen foreskriver altså, at en virksomhed der prissætter under AAC alene øger sin tabssætning ved fortsat produktionen, mens en virksomhed der prissætter mellem AAC og LRAIC, kan genindvinde sine variable omkostninger samt en del af sine faste omkostninger. Eftersom sidstnævnte prissætning således kan være økonomisk rational på kort sigt, må en elimineringshensigt som udgangspunkt påvises, før der er belæg for at fordømme adfærden i en konkurrenceretlig kontekst, jf. O'Donoghue & Padilla 2013, s. 306.

³⁸ De gennemsnitlige, undgåelige omkostninger er gennemsnittet af de omkostninger, som virksomheden kunne have undgået, hvis den ikke havde produceret en given mængde ekstra produkter. Kommissionen foretrækker AAC fremfor AVC, idet eksempelvis en udvidelse af en virksomheds kapacitet for at prisdumpe ikke ville blive medregnet under brug af AVC, jf. Håndhævelsesvejledningens pkt. 27, note 2 og 64, note 3. LRAIC omfatter alle faste og variable omkostninger knyttet til det pågældende produkt, og er derfor højere end AAC, da denne også omfatter produktspecifikke faste omkostninger udenfor misbrugsperioden. ATC er alene

I *Compagnie Maritime Belge* (herefter ”CMB”) havde Kommissionen i sin omtvistede beslutning, fundet, at medlemmer af en linjekonference i søtransportsektoren havde misbrugt deres kollektivt dominerende stilling, bl.a. gennem en reducere af sine priser til samme eller lavere niveau som deres eneste konkurrent.³⁹ Domstolen tilsluttede sig denne beslutning.⁴⁰ På trods af at prispolitikken var over ATC og således ikke udgjorde predatory pricing, fandtes den selektive prisfastsættelse imidlertid alligevel at udgøre et misbrug. Domstolen udtalte, at søtransportsektoren var en meget specialiseret branche, hvor et behov for stabilisering havde affødt en gruppefratagelsesordning, som tillod linjekonferencen at samordne deres prisfastsættelse.⁴¹ De særlige omstændigheder faciliterede med andre ord en selektiv prisnedsættelsesstrategi. Endvidere havde linjekonferencen 90 procent af markedsandelene, og der var ført klart bevis for, at den selektive prisnedsættelse var sket med henblik på at eliminere den eneste konkurrent på markedet.⁴² Efter *CMB* måtte det derfor formodes, at en selektiv prisnedsættelse over ATC, kan udgøre et selvstændigt misbrug. Som følge af sagens særlige omstændigheder måtte dommens præjudikatsværdi dog anses stærkt begrænset.⁴³

Post Danmark I vedrørte en præjudiciel forelæggelse i anledning af Post Danmarks prispolitik på markedet for adresseløse forsendelser. Post Danmark besad et statsligt monopol og befordringspligt på markedet for adresserede forsendelser, men anvendte også dette distributionsapparat til distribution af adresseløse forsendelser.⁴⁴ En konkurrent, Forbruger-Kontakt, påstod at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling ved at tiltrække tre af dennes tidligere handelspartnere ved at tilbyde disse selektive prisnedsættelser.⁴⁵ Konkurrencerådet fandt at de selektivt lave priser for to af virksomhedens handelspartnere var højere end ATC, mens det for den tredje handelspartner Coop, var lavere end ATC, men højere end de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger⁴⁶ (herefter ”AIC”). Da en elimineringshensigt ikke kunne påvises, udgjorde de selektivt lave priser ikke predatory

højere end LRAIC, i det omfang virksomheden opnår synergifordele gennem multiproduktion, da fællesomkostninger i så fald skal medregnes i ATC, jf. pkt. 26-27.

³⁹ IV/32.448 og IV/32.450, *Cewal*, pkt. 73-82.

⁴⁰ Forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge – Domstolens dom*, pr. 120.

⁴¹ *Ibid.*, pr. 117. I fravær af en sådan ordning, må det derfor også antages, at samordningen ville have været i strid med artikel 101.

⁴² *Ibid.*, pr. 119.

⁴³ Whish & Bailey 2015, s. 792-793.

⁴⁴ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 4.

⁴⁵ *Ibid.*, pr. 8.

⁴⁶ Inkrementelle omkostninger blev defineret som de omkostninger, der ville falde fra indenfor 3-5 år, hvis Post Danmark stoppede sin aktivitet. I udregningen af variable omkostninger indgik også en skønsmæssig andel fællesomkostninger, eftersom en række af de ressourcer, som

pricing.⁴⁷ Imidlertid fandt Konkurrencerådet i en separat afgørelse, at de selektivt lave priser anvendt overfor Forbruger-Kontakts tidligere kunder, i sig selv udgjorde prisdiskrimination i strid med artikel 102, litra c. En praksis Konkurrence-rådet refererede til som "*Primary-line prisdiskrimination*".⁴⁸ En sådan adfærd udgjorde et misbrug, desuagtet at prisreduktionerne til Forbruger-kontakts kunder ikke var betingede af, at kunderne dækkede en bestemt andel af deres behov, eller på anden måde indrettet således, at kunderne tilskyndedes til at dække hele deres behov hos Post Danmark.⁴⁹ Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet og efterfølgende ved dom af Østre Landsret.⁵⁰ På foranledning af Post Danmark blev sagen indbragt for EU-Domstolen til præjudiciel forelæggelse med henblik på en klarlæggelse af, hvorvidt en selektiv prisnedsættelse under ATC, men over AIC, kan udgøre et ekskluderende misbrug i fravær af en elimineringshensigt.⁵¹ Af afgørende betydning for sagens fremadrettede præjudikatsværdi udtalte Domstolen helt generelt, at en dominerende virksomheds prisdiskriminerende praksis *ikke i sig selv* indikerer, at der foreligger et ekskluderende misbrug.⁵² I henhold til den prisfastsættelse der lå over ATC konkluderede Domstolen, at sådanne priser ikke har konkurrencebegrænsende virkninger.⁵³ Dommen må derfor antages at eliminere det (i forvejen) lille rum som CMB skabte for fordømmelse af en selektiv prisnedsættelse over ATC. For så vidt angik prisen til Coop, der lå over AIC men under ATC, betonedes Domstolen, at et sådant prisniveau ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere et ekskluderende misbrug.⁵⁴ Det var herefter op til den forelæggende ret at vurdere, i lyset af samtlige omstændigheder, hvorvidt den selektive prisfastsættelse overfor Coop uden objektiv begrundelse medførte, at

blev anvendt til virksomhedens befordringspligtige aktivitet, også kunne henføres til aktiviteten med de adresseløse forsendelser. Da en del af omkostningerne på det befordringspligtige område således ville falde bort, hvis Post Danmark ophørte med at distribuere adresseløse forsendelser, blev en andel af disse omkostninger medregnet i AIC, jf. C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 31-33. De anvendte benchmarks i sagen fulgte således ikke de i retspraksis affødte AKZO-benchmarks. Domstolen valgte imidlertid at anerkende beregningerne, jf. pr. 34. Dele af retslitteraturen sætter lighedstegn mellem det i sagen anvendte AIC benchmark og Kommissionens AAC, jf. O'Donoghue & Padilla 2013, s. 305. Eventuelle udfordringer forbundet med at overføre afgørelsen - i lyset af de valgte benchmarks - til fremtidige EU-sager er ikke overvejet nærmere.

⁴⁷ Se Nr. 3/1120-0100-1205/ISA/CHJ/TWA, *Konkurrencerådets afgørelse i Post Danmark-sagen – predatory pricing*, pkt. 222-228.

⁴⁸ Se Nr. 3/1120-0100-0974/ISA/chj/lbr, *Konkurrencerådets afgørelse i Post Danmark-sagen – selektive priser*, pkt. 4 og 160-162.

⁴⁹ *Ibid.*, pr. 133-144.

⁵⁰ B-2656-05, *Østre Landsrets dom i Post Danmark-sagen*, s. 69.

⁵¹ C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 18-19.

⁵² *Ibid.*, pr. 30.

⁵³ *Ibid.*, pr. 36.

⁵⁴ *Ibid.*, pr. 37.

Forbruger-Kontakt faktisk eller sandsynligvis blev elimineret til skade for konkurrencen og forbrugerne.⁵⁵ I denne forbindelse understregede Domstolen imidlertid, at en prisfastsættelse som dækker de væsentlige omkostninger, som udgangspunkt ikke afskærmer en lige så effektiv konkurrent, og at Forbruger-Kontakt i den konkrete sag stadig var en aktiv aktør på markedet.⁵⁶ Henvisningen til Forbruger-kontakts fortsatte tilstedeværelse på markedet, står også i kontrast til CMB, hvor Retten udtalte, at det ikke var af betydning, at linjekonferencens konkurrents markedsandele var øget under den anfægtede prispolitik, så længe prispolitikken havde haft til formål at eliminere konkurrenten.⁵⁷ *Post Danmark I*'s mere effektbaserede tilgang må imidlertid anses ønskværdig, idet en selektiv prisnedsættelse over ATC som udgangspunkt må betragtes som lovlig konkurrence på ydelser, idet lige så effektive konkurrenter må forventes at kunne matche prisreduktionen. Efter fast praksis er en prissætning mellem ATC og AAC alene blevet fordømt ved påvisning af elimineringshensigt.⁵⁸ Efter *Post Danmark I* må det imidlertid konkluderes, at en selektiv prisnedsættelse mellem ATC og AAC, også i fravær af en elimineringshensigt, kan udgøre et misbrug i det omfang der kan påvises en faktisk eller sandsynlig eliminering af den dominerende virksomheds lige så effektive konkurrenter. Dette kan rent begrebsmæssigt anskues som en præcisering af predatory pricing kriterierne, således at en effektbaseret undersøgelse i overensstemmelse med Håndhævelsesvejledningen, kan stå i stedet for påvisning af en elimineringshensigt.⁵⁹ Undersøgelsen skal ifølge Domstolen foretages i lyset af samtlige relevante omstændigheder i den konkrete sag, og har formentlig visse grænseflader med den undersøgelse, der skal foretages ved rabatter, jf. afsnit 3.2. nedenfor.⁶⁰

3.2. Rabatter

Anvendelse af rabatter for at ramme den enkelte kundes betalingsvillighed er en udbredt praksis blandt virksomheder som led i almindelig konkurrence.⁶¹ En sådan praksis udgør ofte prisdiskrimination, idet forskellige kunder tilbydes forskellige

⁵⁵ *Ibid.*, pr. 40.

⁵⁶ *Ibid.*, pr. 38-39.

⁵⁷ Forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge – Rettens dom*, pr. 149.

⁵⁸ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 307-309.

⁵⁹ Faull & Nikpay 2014, s. 408-409.

⁶⁰ En sådan konklusion forekommer nærliggende, bl.a. henset til at Kommissionen i dens Håndhævelsesvejledning anfører, at vurderingen af sager vedrørende predatory pricing såvel som betingede rabatter navnlig skal foretages med afsæt i de markedsafskærmende faktorer som fremgår i pkt. 20-27, jf. henholdsvis pkt. 67-68 og 38.

⁶¹ Bergqvist m.fl. 2017, s. 13.

priser for samme ydelse, uden at denne prisdifferentiering alene er udtryk for omkostningsforskelle hos leverandøren.⁶² Som anført i afsnit 2.2. kan rabatter dog have potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, navnlig i det omfang de anvendes af dominerende virksomheder til at afskærme lige så effektive konkurrenter.⁶³ Der foreligger en righoldig praksis på området for rabatter, og håndhævelsen af disse divergerer i større eller mindre grad, alt afhængig af hvilken type af rabat, der er under pådømmelse.⁶⁴ Den følgende gennemgang tilsigter ikke at give en fyldestgørende redegørelse for retstilstanden. Fremstillingen vil derimod tage sit afsæt i den iboende prisdiskrimination og dennes betydning i misbrugsvurderingen.

3.2.1. EU-praksis vedrørende rabatter

I *Hofmann-La Roche* fandt Kommissionen, at virksomheden Hofmann-La Roche (herefter "Roche") havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for en række vitaminprodukter.⁶⁵ Domstolen stadfæstede Kommissionens afgørelse hense- til, at Roches brug af en række rabatter var betinget af, at kunden udelukkende eller for størstedelen af sit behov foretog indkøb hos Roche.⁶⁶ I denne forbindelse udtalte Domstolen, at disse såkaldte loyalitetsrabatter tillige var diskriminerende, idet "*to købere af samme mængde af samme produkt betaler forskellige priser afhængigt af, om de udelukkende køber hos den markedsdominerende virksomhed, eller om de anvender flere forskellige forsyningskilder.*"⁶⁷ Et sådant diskriminerende rabatsystem blev sidestillet med en ulovlig eksklusiv aftale, i det omfang rabatten ikke beroede på en økonomisk modydelse, men derimod havde til formål at binde handelspartneren til den markedsdominerende virksomhed.⁶⁸ Ifølge Domstolen skulle der således sondres mellem en diskriminerende praksis, der havde til formål at afskærme konkurrenter, og kvantumrabatter som alene afspejler virksomheders omkostningsbesparelser.⁶⁹ Rene kvantumrabatter er således ikke diskriminerende, blot fordi visse kunder gennem en øget mængde opnår en gennemsnitlig lavere pris som følge af, at kunden aftager en større mængde.⁷⁰ I denne forbindelse skal det bemærkes, at de påståede omkostningsbesparelser formentlig skal kunne konkretiseres i et vist omfang. I *Michelin II* fandt Retten det således ikke godtgjort, at en ydet rabat beroede på økonomiske modbytninger, idet virksomheden kun i mere generelle vendinger havde godtgjort, at rabatten blev modsvaret

⁶² *Ibid.*, pr. 20.

⁶³ Håndhævelsesvejledningen, pkt. 37.

⁶⁴ Nazzini 2011, s. 232.

⁶⁵ Se IV/29.020, *Vitaminer*, pkt. 22-27.

⁶⁶ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, pr. 90.

⁶⁷ *Ibid.*, pr. 90.

⁶⁸ *Ibid.*, pr. 89.

⁶⁹ *Ibid.*, pr. 90.

⁷⁰ C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 51.

af produktions- og distributionsudgifter.⁷¹ I Kommissionens beslutning der lå forud for *Michelin I*, fandtes rabatsystemet tillige diskriminerende.⁷² Domstolen fandt imidlertid ikke, at rabatten var diskriminerende. På trods heraf udtalte Domstolen imidlertid, at rabatsystemet udgjorde et (horisontalt) misbrug, fordi det bragte forhandlerne i et afhængighedsforhold til Michelin.⁷³ Diskrimination er med andre ord ikke en forudgående betingelse for at fordømme rabatter i det omfang det påvises, at rabatten er i stand til at afskærme den dominerende virksomheds konkurrenter. I vurderingen af den horisontale markedsafskærmning udtalte Domstolen desuden, at rabatter som ikke er rene kvantum- eller loyalitetsrabatter skal vurderes i lyset af samtlige omstændigheder.⁷⁴ I denne vurdering, som genfindes i senere praksis,⁷⁵ skal følgende elementer navnlig tages i betragtning (i) de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet (ii) tilstedeværelsen af en begrundet økonomisk modydelse (iii) begrænsning af kundens mulighed for at kontrahere frit (iv) markedsafskærmningen (v) diskriminationen (ix) samt forstærkningen af den dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen. Domstolen udtalte, at rabatsystemet var i stand til at afskærme den dominerende virksomheds konkurrenter, navnlig henset til at rabatten havde året som referenceperiode. Særligt henimod slutningen af året indebar rabatsystemet således, at en konkurrent ville være tvunget til at kompensere en kunde af Michelin for *hele* Michelins salgs-målsrabat alene afgivet på det mere begrænsede indkøb hos konkurrenten.⁷⁶

I *Virgin/British Airways* havde British Airways (herefter ”BA”) misbrugt sin dominerende stilling, idet BA havde anvendt en række provisionsordninger overfor sine rejsebureauer, hvilket skabte en udelukkelsesvirkning overfor BA’s konkurrenter.⁷⁷ Domstolen fandt, at Retten i den appellerede afgørelse⁷⁸ med rette havde påvist, at de pågældende præmieordninger var individuelt fastsat.⁷⁹ Rabatsystemet var endvidere kendetegnet ved en progressiv forhøjelse af provisionssatserne, og

⁷¹ T-203/01, *Michelin I*, pr. 108-109.

⁷² VI/29.491, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, pkt. 41-45. Det forekommer, at særligt Kommissionen indtager en restriktiv holdning til graden af denne konkretisering, idet den i samme forbindelse udtalte at prisreduktionen skal stå i direkte forbindelse til omkostningsbesparelsen, jf. nærmere herom afsnit 4.1.2. i relation til det omkostningsreducerende forsvar under artikel 102, litra c.

⁷³ 322/81, *Michelin I*, pr. 89-91.

⁷⁴ *Ibid.*, pr. 72-73.

⁷⁵ Se bl.a. sagerne C-95/04 P, *British Airways*, pr. 67 og C-549/10 P, *Tomra*, pr. 71.

⁷⁶ 322/81, *Michelin I*, pr. 81. Endvidere var Michelins høje markedsandel medvirkende til, at konkurrenter kun vanskeligt kunne kompensere for den rabat som Michelin ydede, lige så vel som rabatsystemets uigennemsigtighed øgede presset på kunderne, jf. pr. 82-83.

⁷⁷ IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, pkt. 87-107.

⁷⁸ T-219/99, *British Airways, Rettens dom*, pr. 10 og 15-17.

⁷⁹ C-95/04 P, *British Airways – Domstolens dom*, pr. 72.

havde samtidig en retroaktiv karakter, idet en gennemførsel af salgsmålet resulterede i forhøjelse af den udbetalte provision for det *samlede* antal solgte BA-billetter. Et mindre fald i salget af BA's billetter kunne således have betydelige økonomiske konsekvenser for rejsebureauerne.⁸⁰ Herefter kunne det ikke antages, at konkurrenterne kunne opnå indtægter ved salg som kunne udgøre et tilstrækkeligt stort grundlag for at tilbyde en rabat, der kunne kompensere for præmieordningens udelukkelsesvirkning.⁸¹ I vurderingen af den vertikale afskærmning genbrugte Domstolen desuden den omstændighed, at rabatterne resulterede i betydelige økonomiske konsekvenser for rejsebureauerne til at konkludere, at dette nødvendigvis også stillede rejsebureauerne ringere i konkurrencen.⁸² Sagen viser således, at en diskriminerende praksis både kan påvirke den dominerende virksomhed handelspartnere (vertikal afskærmning), samt forstærke den dominerende virksomheds stilling gennem sine loyalitetsskabende virkninger (horisontal afskærmning).⁸³ Herudover viser ovenstående, at særligt progressive og individuelt retroaktive rabatsystemer ofte er blevet vurderet i strid med artikel 102.⁸⁴ Sådanne rabatsystemer indeholder tillige ofte en iboende prisdiskrimination, idet identiske situationer behandles forskelligt.⁸⁵ Den seneste praksis må imidlertid antages at have præciseret, at det er selve *effekten* af rabatten og ikke den diskriminerende karakter, som er genstand for fordømmelse. I Håndhævelsesvejledningen anføres, at rabatter der er fastsat over den dominerende virksomheds omkostninger, kan være markedsafskærmende, i det omfang rabatten gør den dominerende virksomhed i stand til at udnytte den del af kundens efterspørgsel, der ikke er udsat for konkurrence til at sænke prisen på den del der er udsat for konkurrence.⁸⁶ Gennem en AEC-test skal det derfor vurderes, om en lige så effektiv konkurrent kan matche den effektive pris, dvs. om konkurrenten uden at lide uholdbare tab kan matche den betingede rabat, som handelspartneren mister ved at skifte leverandør for den del af sin efterspørgsel, der er udsat for konkurrence.⁸⁷ I *Intel* havde Kommissionen valgt at gennemføre en AEC-test i vurderingen af rabatsystemets markedsafskærmning,

⁸⁰ *Ibid.*, pr. 73-74.

⁸¹ *Ibid.*, pr. 75-76.

⁸² C-95/04 P, *British Airways – Domstolens dom*, pr. 146-148. For den nærmere gennemgang af vertikal afskærmningsdiskrimination henvises til afsnit 4.

⁸³ Bergqvist m.fl. 2017, s. 93.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 66.

⁸⁵ Geradin & Petit 2005, s. 14.

⁸⁶ Den ikke-konkurrenceudsatte del defineres som den mængde kunden under alle omstændigheder vil aftage fra den dominerende virksomhed, jf. Håndhævelsesvejledningens pkt. 39.

⁸⁷ Håndhævelsesvejledningens pkt. 41-42. Bemærk, at betragtningerne støttes af den økonomiske teori, jf. afsnit 2.2., hvorefter det alene er en virksomhed med en væsentlig markedsstyrke der er i stand til at foretage en prisdiskrimination, der kan have konkurrencebegrænsende virkninger. I Kommissionens eksempel er det således virksomhedens status som uomgængelig handelspartner for en vis andel af kundens behov, der gør virksomheden i stand til at foretage en prisdiskrimination, der kan afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter.

hvilket Retten ikke fandt påkrævet.⁸⁸ Domstolen udtalte indledningsvist, at artikel 102 ikke har til formål at sikre, at konkurrenter der er mindre effektive end den dominerende virksomhed kan forblive på markedet, idet mindre effektive konkurrenter er mindre interessante for forbrugerne.⁸⁹ Domstolen anførte herefter, at når Kommissionens undersøgelse til dels beroede på en AEC-test, påhvilede det Retten at undersøge alle de af virksomhedens argumenter, der såede tvivl om rabatsystemets egnethed til at udelukke.⁹⁰ Domstolen understregede desuden, at praksis måtte præciseres ”i det tilfælde, hvor den pågældende virksomhed under den administrative procedure har fremlagt beviser til støtte for, at dens adfærd ikke var egnet til at begrænse konkurrencen og navnlig havde de foreholdte udelukkelsesvirkninger”.⁹¹ I så tilfælde måtte følgende omstændigheder anses relevante (i) den dominerende virksomheds stilling på markedet (ii) adfærdens markedsdækning (iii) betingelserne for tildeling af rabatterne (v) dissens varighed og størrelse (iv) men ligeledes eksistensen af en eventuel strategi, der har til formål at udelukke de konkurrenter, der er mindst lige så effektive.⁹² Disse kriterier må i al væsentlighed anses at være sammenfaldende med de ovenfor gennemgåede kriterier, som efter *Michelin I* skal foretages ved øvrige rabatsystemer. Ligeledes ækvivalerer kriterierne med de faktorer som Kommissionen anser for relevante i sager om markedsafskærmning.⁹³ Efter afgørelsen i *Intel* må det således anses mest nærliggende, at den tidligere sondring mellem loyalitetsrabatter og øvrige rabatsystemer ikke længere kan opretholdes, men at der skal foretages en mere effektbaseret vurdering af samtlige relevante omstændigheder.⁹⁴ Denne øgede effektbaserede tilgang tydeliggør desuden, at det er rabatters potentielle markedsafskærmning af konkurrenter og ikke den iboende prisdiskrimination, der er genstand for fordømmelse, jf. også nærmere herom i afsnit 3.4.

3.3. Prisbaseret favorisering af egne aktiviteter

Den omstændighed at en dominerende virksomhed er i stand til at foretage en prisdiskrimination med henblik på en monopolisering af et vertikalt placeret marked, er ikke nødvendigvis sammenfaldende med at en sådan strategi forfølges. Det må med andre ord forudsættes, at virksomheden skal have det fornødne incitament til

⁸⁸ T-286/09, *Intel – Rettens dom*, pr. 80-93 og 141-166.

⁸⁹ C-413/14 P pr. 133-134, der henviser til C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 121-122.

⁹⁰ *Ibid.*, pr. 141.

⁹¹ *Ibid.*, pr. 138.

⁹² *Ibid.*, pr. 139.

⁹³ Se Håndhævelsesvejledningens pkt. 20.

⁹⁴ Petit, Nicolas, *Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, *European Law Review* 2018, vol. 43(5), s. 728-750 (s. 730) (*Petit 2018*)

at prisdiskriminere med henblik på at afskærme en downstream-konkurrent, jf. også afsnit 2.2.

3.3.1. EU-praksis vedrørende prisbaseret favorisering af egne aktiviteter

I *HOV SVZ/MCN* havde virksomheden Deutsche Bahn AG (herefter "DB") favoriseret sit eget datterselskab Transfracht på markedet for transport af søcontainere. DB opkrævede således betydeligt højere afgifter for de af Transfracht's konkurrenter der opererede via ikke-tyske havne.⁹⁵ Både Kommissionen og Retten afviste DB's anbringende om, at forskellene var begrundet i en skarpere konkurrence og højere omkostninger på de ikke-tyske strækninger.⁹⁶ Eftersom adfærden således ikke var objektivt begrundet fandt Retten, at anvendelsen af "*ulige takstvilkår, der for så vidt angår den konkurrencemæssige stilling har skadet de virksomheder, som opererer på de vestlige [dvs. ikke tyske] jernbanestrækninger.*"⁹⁷ Sagen indeholder ingen særskilt vurdering af konkurrenceforvridningen. DB besad dog et statsligt monopol på upstream-markedet for jernbaneydelser, og disse ydelser udgjorde både et nødvendigt og essentielt input i konkurrencen på det efterfølgende marked.⁹⁸ Herudover var der i visse tilfælde tale om en *væsentlig* prisdifference, idet downstream-konkurrenterne henholdsvis blev opkrævet 2-77 procent mere for tomme containere og 4-44 procent mere for læssede, end Transfracht blev for samme ydelser.⁹⁹ Det kan derfor ikke udelukkes, at Retten har anset disse som skærpende omstændigheder i vurderingen af konkurrenceforvridningen på downstream-markedet. I sagen var favoriseringen af DB's datterselskab identificerbar, da det umiddelbart kunne konstateres, at datterselskabet blev opkrævet en lavere pris end konkurrenterne. Imidlertid kan en prisdiskrimination også være implicit i den forstand, at den pris som downstream-afdelingen opkræves *forekommer* at være den samme som den der opkræves overfor downstream-konkurrenten, men i realiteten ikke udgør en reel omkostning for denne, henset til koncernforbindelsen mellem den dominerende virksomhed og downstream-afdelingen. I den forstand foreligger en *implicit* skjult pris-favorisering af den dominerende virksomheds downstream-afdeling. En sådan form for diskrimination har således også horisontal karakter, men må nødvendigvis behandles efter principperne for margin squeeze.¹⁰⁰ På baggrund af ovenstående er det således blevet fremført, at favorisering af egne aktiviteter behandles efter principperne for margin squeeze, i det omfang prisdiskriminationen er *implicit*, mens en *identificerbar* prisdiskrimination

⁹⁵ IV/33.941, *HOV SVZ/MCN*, pkt. 162-177.

⁹⁶ T-229/94, *Deutsche Bahn*, pr. 90-91. Retten lader dog til implicit at anerkende, at konkurrenceforskelle kan begrunde prisdiskrimination, jf. nærmere herom afsnit 4.1.2.

⁹⁷ T-229/94, *Deutsche Bahn*, pr. 86.

⁹⁸ *Ibid.*, pr. 55.

⁹⁹ IV/33.941, *HOV SVZ/MCN*, pr. 164 og 169.

¹⁰⁰ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 373.

behandles på grundlag af betingelserne i artikel 102, litra c, dvs. udenfor margin squeeze-standarden.¹⁰¹

Den seneste udvikling indenfor prisbaseret favorisering af den dominerende virksomheds aktiviteter på et afledt marked sætter dog spørgsmålstegn ved, om en sådan sondring kan opretholdes. I *Deutsche Bahn I/II* ejede et moderselskab en række datterselskaber, der var aktive indenfor den tyske jernbanesektor. Selskabet Deutsche Bahn Energie (herefter ”DBE”) havde på tidspunktet for misbruget et monopol på markedet for levering og vedligeholdelse af omtrent 7.700 kilometer af det elektriske jernbanenet.¹⁰² To af dennes datterselskaber var vertikalt placerede på de efterfølgende markeder for henholdsvis levering af fragt- og langdistancepassagertransport.¹⁰³ DBE’s rabatsystem var principielt tilgængeligt for alle jernbaneselskaber. I praksis var det imidlertid alene de to datterselskaber, der blev begunstiget med den maksimale rabatsats på 14 procent, mens konkurrenterne alene opnåede en rabat på mellem 1-8 procent.¹⁰⁴ I dens indledende undersøgelse fulgte Kommission de etablerede margin squeeze principper.¹⁰⁵ Med afsæt i en AEC-test undersøgte Kommission således, hvorvidt datterselskaberne ville have været i stand til at konkurrere profitabelt på markederne, såfremt disse på forhånd var blevet opkrævet den pris, som DBE pålagde datterselskabernes konkurrenter.¹⁰⁶ På grundlag heraf konkluderede Kommissionen, at en *lige så* effektiv konkurrent som datterselskaberne *ikke* ville have været i stand til at konkurrere effektivt på de respektive markeder i perioden 2003-2011 uden at lide tab.¹⁰⁷ Kommissionen fandt herudover at DBE’s upstream-ydelse var nødvendig for at kunne konkurrere på de efterfølgende markeder, at datterselskabernes konkurrenter tegnede sig for meget beskedne markedsandele, og endelig at interne dokumenter viste, at de diskriminerende rabatter var ydet med henblik på at give DBE’s datterselskaber en konkurrencemæssig fordel.¹⁰⁸ På baggrund af en række tilsagn fra moderselskabet valgte Kommissionen imidlertid at afslutte sagen uden at træffe endelig afgørelse.¹⁰⁹ Henset til den begrænsede retskildemæssige værdi af tilsagnspraksis bør der generelt fordres en vis varsomhed ved brugen af tilsagn som metodisk

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 803-804.

¹⁰² COMP/AT.39678/AT.39731, *Deutsche Bahn I/II*, pkt. 3-5 og 37-40.

¹⁰³ *Ibid.*, pkt. 4, 27 og 48.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pkt. 22-26.

¹⁰⁵ Bergqvist & Townsend 2015, s. 5 og 17.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pkt. 49.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pkt. 50-54. På markedet for fragt genererede den (hypotetiske) lige så effektive konkurrent således et gennemsnitligt årligt underskud på omtrent 4 millioner euro, mens der på markedet for langdistancepassagerer blev identificeret et årligt underskud på 8 millioner euro.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pkt. 55-63.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pkt. 69-96.

fundament i vurderingen af gældende ret. I denne sammenhæng bør det dog bemærkes, at principperne for margin squeeze, som også anført ovenfor, for alvor forankres på EU-konkurrenceplan efter afgørelserne i *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera*. Dette kan formentlig forklare, at prisdiskriminationen i *Deutsche Bahn* (1997-afgørelsen) alene blev afgjort på basis af en mere formodningspræget tilgang. At prisbaseret favorisering af egne aktiviteter følger margin squeeze principperne, må ligeledes antages at have en vis støtte i Generaladvokat N. Wahls (herefter ”GA”) forslag til afgørelse i *MEO*.¹¹⁰ GA udtalte at horisontal afskærmningsdiskrimination omfatter misbrugsformer som predatory pricing, forskellige rabatter og avancepres, hvilke alle har til det til fælles, at prisdiskriminationen foretages med henblik på at afskærme den dominerende virksomheds konkurrent enten på samme marked, eller et vertikalt placeret marked. Henset hertil skal sådan prisdiskrimination ifølge GA behandles efter principperne for ekskluderende adfærd.¹¹¹ Domstolen adresserede beklageligvis ikke disse betragtninger, hvorfor det formentlig er for tidligt at drage en endegyldig konklusion herom. Imidlertid vidner GA’s udtalelse i *MEO* sammenholdt med *Deutsche Bahn I/II*, om at prisbaseret favorisering af egne aktiviteter formentlig alene skal forfølges indenfor rammerne af margin squeeze principperne fremover. En konsistent tilgang til prisbaseret favorisering af egne aktiviteter, således at AEC-testen som udgangspunkt indgår som delkomponent i vurderingen af markedsafskærmningen, forekommer desto mere berettiget, henset til at artikel 102 ikke har til formål at beskytte *mindre* effektive konkurrenter.¹¹² I det omfang der i lyset af ovenstående, stadig består et alternativt rum for at forfølge prisbaseret egen-favorisering udenfor rammerne af margin squeeze, må det anses ønskværdigt, at der redegøres for, under hvilke omstændigheder sådan prisdiskrimination omfattes af margin squeeze standarden og vice versa. I modsat fald består en ikke uvæsentlig risiko for en opportunistisk tilgang til prisbaseret favorisering af egne aktiviteter.

3.4. Subsumering af horisontal afskærmningsdiskrimination

Som anført tidligere, indeholder ekskluderende adfærd ofte et prisdiskriminerende element, hvorfor sådan misbrug rent konceptuelt også henhører under horisontal afskærmningsdiskrimination. Praksis viser dog at artikel 102, litra c tillige er ble-

¹¹⁰ Sagen angik vertikal afskærmningsdiskrimination, hvorfor der henvises til afsnit 4.1.4

¹¹¹ C-525/16, *MEO – Generaladvokatens forslag*, pkt. 71-72. GA anvendte udtrykket primary-line-prisdiskrimination, som dog indholdsmæssigt må anses at være sammenfaldende med fremstillingens valgte begreb horisontal afskærmningsdiskrimination.

¹¹² Fast EU-praksis bekræfter, at konkurrenceretten ikke har til formål at beskytte *mindre* effektive konkurrenter, jf. C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 21 og C-413/14 P, *Intel*, pr. 133.

vet anvendt som direkte subsumeringsgrundlag i fordømmelsen af horisontal afskærmningsdiskrimination, desuagtet at bestemmelsen udtrykkeligt foreskriver, at konkurrenceforvridningen skal manifestere sig mellem den dominerende virksomheds handelspartnere.¹¹³ I *Suiker Unie* fandt Domstolen, at et loyalitetsrabatsystem der tjente til at afholde kunderne fra at forsyne sig hos konkurrerende fabrikanter, var i strid med artikel 102.¹¹⁴ Rabatsystemet indebar bl.a., at der var blevet anvendt ”ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere i henhold til traktatens artikel 86 [nu 102], litra c.”¹¹⁵ Den anklagede virksomhed bestred i denne sammenhæng, at kunderne blev stillet ringere i konkurrencen. Overfor dette argument anførte Domstolen imidlertid alene, at ”visse af SZV’s [den dominerende virksomhed] købere [står] i et konkurrenceforhold til andre af selskabets købere.”¹¹⁶ Herefter blev adfærdens horisontale afskærmningsvirkning til dels subsumeret under artikel 102, litra c. Domstolens udtalelse i *British Airways* må antages at støtte op om denne fortolkning. I sagen adresserede Domstolen BA’s anbringende om, at Retten med urette havde undladt at anvende artikel 102, litra b som grundlag for vurderingen af, om de pågældende rabatter ekskluderede BA’s konkurrenter.¹¹⁷ Navnlig med henvisning til *Suiker Unie*, anførte Domstolen, at et markedsafskærmende rabatsystem også kan henføres til artikel 102, litra c.¹¹⁸ Herved validerede Domstolen henvisningen i *Suiker Unie* til artikel 102, litra c som del af det juridiske grundlag for horisontal afskærmningsdiskrimination. Som anført under afsnit 3.2.1. afkræftede Domstolen i *Michelin I*, Kommissionens beslutning om, at rabatten udgjorde diskrimination i strid med artikel 102, litra c. Imidlertid var afvisningen alene baseret på, at prisdifferentieringen kunne forklares ud fra ”retmæssige kommercielle overvejelser”.¹¹⁹ Den manglende påvisning af konkurrenceforvridningen på downstream-markedet blev derimod ikke inddraget i Domstolens begrundelse for, at der ikke forelå misbrug efter artikel 102, litra c. CMB angik, som anført under afsnit 3.1.1., hvorvidt en selektiv prisnedsættelse udgjorde et misbrug overfor linjekonferencens konkurrent. Imidlertid udtalte Kommissionen, at prispolitikken også var i strid med artikel 102, litra c, idet der ”i realiteten [var] tale om at pålægge ulige vilkår for samme ydelser, hvilket stiller de afskibere, der må betale de højeste fragtrater, ringere i konkurrencen.”¹²⁰ EU-

¹¹³ Bergqvist m.fl. 2017, s. 93 og Geradin m.fl. 2012, s. 299.

¹¹⁴ Forenede sager 40-48, 50, 54 -56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie*, pr. 518.

¹¹⁵ *Ibid.*, pr. 523.

¹¹⁶ *Ibid.*, pr. 525.

¹¹⁷ Sag C-95/04 P, *British Airways*, pr. 57.

¹¹⁸ *Ibid.*, pr. 58.

¹¹⁹ 322/81, *Michelin I*, pr. 90.

¹²⁰ IV/32.448 og IV/32.450, *Cewal*, pkt. 83. Bemærk, at Retten derimod adresserede Kommissionens brug af artikel 102, litra c ved at understrege, at en overtrædelse af litra c var en unødvendig undersøgelse ved vurderingen af afskærmningen af linjekonferencens konkurrent. Da konkurrenten således ikke havde retlig interesse heri, fandt Retten det unødvendigt

Domstolen berørte heller ikke direkte diskriminationsspørgsmålet i denne sag, men valgte at forlade sig på adfærdens virkninger overfor konkurrenten Grimaldi.¹²¹ Artikel 102, litra c er således – navnlig af Kommissionen – blevet inddraget i sager der alene angik prisdiskriminationens *horisontale* markedsafskærmning. En anvendelse af artikel 102 som det juridiske grundlag må imidlertid forudsætte at *alle* fire kriterier i bestemmelsen er opfyldt. Kravet om at det er handelspartneren der skal stilles ringere i konkurrencen forudsætter udtrykkeligt, at konkurrenceforvridningen skal manifestere sig på downstream-markedet. Hvor misbruget derimod er rettet imod virksomhedens *konkurrenter*, gør kravet således bestemmelsen uvedkommende for den videre (horisontale) misbrugsvurdering.

Anvendelsen af artikel 102, litra c i sanktioneringen af horisontal afskærmningsdiskrimination skal formentlig ses som konsekvens af ældre praksis forsømmelse af en selvstændig behandling af dette andet led af litra c.¹²² På baggrund heraf kan der rejses en berettiget kritik af Kommissionen og EU-Domstolens ovenstående praksis.¹²³ Nyere praksis må imidlertid tages til indtægt for en præcisering af artikel 102, litra c's anvendelsesområde. I sagerne *Tomra* og *Intel* behandlede Kommissionen og EU-Domstolen således alene rabatterne på grundlag af afskærmningsrisikoen uden at henvise til, at rabatten (uundgåeligt) resulterede i opkrævning af diskriminerende priser.¹²⁴ Den seneste praksis er således illustrerende for, at det er *effekten* af prisdiskriminationen og ikke prisdiskrimination som sådan, der er genstand for fordømmelse. Fordømmelsen retter sig med andre ord mod afskærmningen af lige så effektive konkurrenter, hvorved produktionen begrænses til skade for forbrugernes velfærd.¹²⁵ Derfor forekommer det også mest nærliggende, at de former for prisdiskrimination, der tilsigter at afskærme den dominerende virksomheds konkurrenter, subsummeres under artikel 102, litra b.¹²⁶ En så-

at foretage en nærmere undersøgelse af, om gerningsindholdet i litra c var opfyldt, jf. T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge – Rettens dom*, pr. 150.

¹²¹ Geradin & Petit 2005, s. 16.

¹²² -Akman, Pinar, The concept of abuse in EU competition law: law and economic approaches, 1. udg. 2012, Hart Publishing, 2012, s. 244 (*Akman* 2012).

¹²³ Geradin & Petit 2005, s. 16 og Perrot, Anne, Towards an effects-based approach of price discrimination, The Pros and Cons of Price Discrimination, Konkurrenceverket, 2005, s. 161-187 (s. 165-166) (*Perrot* 2005)

¹²⁴ Se sagerne C-549/10 P, *Tomra*, og C-413/14 P, *Intel*.

¹²⁵ C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 44, C-413/14, P, *Intel*, pr. 134 og 140 og COMP/AT.39678/AT.39731, *Deutsche Bahn I/II*, pkt. 46 og 64.

¹²⁶ Geradin & Petit 2005, s. 33.

dan konsistent subsumering under artikel 102, litra b må herefter antages at minimere risikoen for ubegrundet fordømmelse af prisdiskrimination i sager, som ikke medfører en ulovlig markedsafskærmning.¹²⁷

4. Vertikal afskærmningsdiskrimination

Kerneområdet i diskriminationsforbuddet efter artikel 102, litra c må nødvendigvis være den form for prisdiskrimination, der forvrider konkurrencen mellem handelspartnere på et andet marked, end det marked den dominerende virksomhed selv er aktiv.¹²⁸ Af denne grund er afsnittet systematiseret omkring bestemmelsens fire kumulative kriterier, der alle er udskilt til særskilt behandling. I det følgende foretages således en gennemgang af de første tre kriterier i artikel 102, litra c. Herefter vil afhandlingen analysere en række udvalgte domme som efter forfatterens mening bidrager til fastlæggelsen af det materielle indhold i begrebet *”stillet ringere i konkurrencen”*. På grundlag af analysen opstilles herefter nogle generelle retningslinjer for, hvornår en handelspartner anses at være stillet konkurrencemæssigt ringere. Afslutningsvist foretages en normativ vurdering af, hvorvidt en variant af AEC-testen kan indgå i den fremadrettede bedømmelse af vertikal afskærmningsdiskrimination. Hvorvidt der foreligger en ulovlig prisdiskrimination efter artikel 102, litra c kan i princippet udledes direkte på grundlag af bestemmelsen. Der skal således foreligge en (i) anvendelse af ulige vilkår (ii) for ydelser af samme værdi, hvorved (iii) handelspartneren (iv) stilles ringere i konkurrencen.

Det er almindelig praksis, at en dominerende virksomhed anvender differentierede priser for at ramme sine kunders individuelle betalingsvillighed.¹²⁹ Det er imidlertid straks sværere at identificere et økonomisk incitament til at afskærme en handelspartner, navnlig når virksomheden ikke er vertikalt integreret, jf. også afsnit 2.2. I så tilfælde må det derimod formodes, at virksomheden i almindelighed har en klar interesse i, at downstream-markedet er konkurrencepræget, således at den

¹²⁷ Se i delvis samme retning Gerard, Damian, Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities, Global Competition Law Centre, Research Paper, 6. Juli 2005, s. 22 (Gerard 2005).

¹²⁸ Bergqvist m.fl. 2017, s. 92-93.

¹²⁹ Jones, Alison & Sufriin, Brenda, EU competition law: text, cases, and materials, 6. udg., 2016, Oxford Press, s. 560 (Jones & Sufriin 2016).

dominerende virksomheds markedsmagt ikke begrænses af modstående købermagt.¹³⁰ Diskriminationsforbuddet i de fleste jurisdiktioner er dog formentlig ikke båret af økonomiske betragtninger om effektive ressourceallokeringer, men derimod af mere overordnede velfærdspolitiske hensyn.¹³¹ Det skal herudover bemærkes, at en række af EU-sagerne i nærværende afsnit angår en dominerende offentlig virksomheds indirekte favorisering af en handelspartner, der hidrører under samme medlemsstat.¹³² I sagerne vælger EU-Domstolen imidlertid ikke at adressere de facto favoriseringen af nationale selskaber eller direkte at afvise, at nationalitetsbetragtninger har påvirket udfaldet af afgørelserne.¹³³ Det må derfor formodes, at sagerne er repræsentative for vurderingen af vertikal afskærmningsdiskrimination efter artikel 102, litra c. Det kan dog ikke afvises, at forfølgelsen og fordømmelsen af sagerne også har været motiveret af nationalitetsbetragtninger.¹³⁴ Disse forhold bidrager således til den usikkerhed, der i forvejen er forbundet med at fastslå rækkevidden af diskriminationsforbuddet under artikel 102, litra c.

4.1. EU-praksis vedrørende vertikal afskærmningsdiskrimination

4.1.1. Ulige vilkår

Det følger direkte af ordlyden i artikel 102, litra c, at diskrimination kan bestå i at identiske handelspartnere påføres ulige vilkår. Efter praksis kan en diskrimination imidlertid også bestå i at behandle forskellige handelspartnere identisk.¹³⁵ Sidstnævnte kan formentlig bestå i opkrævning af samme pris for én kunde, der aftager en væsentlig større mængdeenhed end en anden kunde, desuagtet at virksomheden har opnået konkrete omkostningsbesparelser som følge af den større aftagne

¹³⁰ C-525/16, *MEO - Generaladvokatens forslag til afgørelse*, pkt. 75.

¹³¹ Jf. nærmere herom afsnit 4.2.

¹³² Se bl.a. sagerne IV/33.941, *HOV-SVZ/MCN*, pkt. 245-250, IV/35.613, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, pkt. 123 og IV/35.703, *Portuguese Airports*, pkt. 26, hvor afgifterne de facto begunstigede nationale selskaber.

¹³³ I sagen C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 43-47, gjorde Kommissionen således gældende, at den ikke støttede overtrædelsen af artikel 106, jf. artikel 102, litra c på nationalitetsbetragtninger, men alene på det forhold, at der forelå diskriminerende rabatter uden objektiv begrundelse. Domstolen anførte i umiddelbar forlængelse heraf, at artikel 102, litra c forbyder prisdiskrimination, uafhængigt af, om denne er knyttet til nationalitet. Allerede fordi de omhandlede rabatter af denne grund kunne henføres under artikel 106, sammenholdt med 102, litra c var der ikke grundlag for at vurdere hvorvidt rabatsystemet også samtidig udgjorde forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

¹³⁴ I samme retning O'Donoghue & Padilla 2013, s. 816 og Bergqvist m.fl. 2017, s. 110.

¹³⁵ C-13/63, *Italy*, pr. 6, og IV/34.073, IV/34.395 og IV.35/437, *Van den Bergh Foods*, pkt. 76.

mængde. Det må herudover antages, at bestemmelsen mere generelt omfatter alle vilkår af økonomisk karakter.¹³⁶

4.1.2. Ydelser af samme værdi

De ulige vilkår skal desuden angå ydelser af samme værdi. Henset til den engelske passus "*equivalent transactions*", må undersøgelsen skulle foretages i lyset af samtlige omstændigheder vedrørende transaktionen.¹³⁷ En sådan vurdering er i sagens natur kontekstbestemt, hvorfor en omfattende gennemgang af EU-sager ikke nødvendigvis tjener til en nærmere fastlæggelse af de indholdsmæssige krav. Antageligvis fordrer kriteriet dog, at ydelserne i et vist omfang er fysisk eller funktionelt identiske. I sagen *United Brands* udtalte Domstolen at produktet (bananer) havde samme geografiske oprindelse, var af samme sort og tilnærmelsesvist samme kvalitet.¹³⁸ Hvorvidt de to produkter er indbyrdes substituerbare, forekommer således at udgøre en vis rettesnor, men kan formentlig ikke stå alene.¹³⁹ Andre faktorer, som eksempelvis tidspunktet for de pågældende transaktioner kan efter omstændighederne tillige føre til, at ydelserne ikke er sammenlignelige. Dette må navnlig gøre sig gældende, når tidsforskellen fører til omkostningsforskelle for den dominerende virksomhed.¹⁴⁰ Traditionelt foretages vurderingen således på grundlag af de omkostninger, der er forbundet med produktionen og eller leveringen af ydelserne, således at identificerede prisforskelle forsøges begrundet i proportionale omkostningsforskelle.¹⁴¹ Umiddelbart indtager Kommissionen en restriktiv holdning, jf. bl.a. den omtvistede beslutning til *Michelin I*, hvori Kommissionen fandt, at Michelins rabatsystem ikke var objektivt begrundet, men afhang af et subjektivt skøn over handelspartnernes indsats i at fremme Michelins salg af dæk. Af denne grund pålagde Kommissionen Michelin at udforme sine fremtidige rabatordninger således, at der ikke "*ydes nogen rabat, som ikke står i direkte forbindelse med en faktisk formindskelse af producentens omkostninger.*"¹⁴² Afgørelsen forudsætter en næsten direkte korrelation mellem prisreduktionen og omkostningsbesparelsen, hvilket vidner om en meget restriktiv tilgang til graden af konkretisering af omkostningsbesparelsen. Det bør imidlertid anføres, at priser i praksis ofte aftales før den præcise omkostningsbesparelse kan identificeres. Ud fra mere pragmatiske betragtninger må et krav om, at prisreduktionen skal baseres

¹³⁶ Bergqvist m.fl. 2017, s. 96.

¹³⁷ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 790.

¹³⁸ 27/76, *United Brands*, pr. 204.

¹³⁹ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 790.

¹⁴⁰ Geradin & Petit 2005, s. 8 og Faull & Nikpay 2014, s. 524.

¹⁴¹ I sagen C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 9, gjorde den Portugisiske Republik således gældende, at rabatordningen afspejlede de stordriftsfordele, der fulgte af en mere intensiv udnyttelse. Domstolen afviste imidlertid anbringendet, jf. pr. 55-56. Se afsnit 4.1.4. for den nærmere gennemgang af dommen.

¹⁴² VI/29.491, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, pkt. 45 og 54.

på sælgerens bedste overbevisning om den nærmere rækkevidde af omkostningsbesparelsen anses mere hensigtsmæssigt.¹⁴³ Som illustreret, har objektive begrundelser ofte spillet en afgørende rolle i vurderingen af prisdiskriminationens lovlighed, mens det udtrykkelige krav om en konkurrenceforvridning mellem handelspartnerne har tiltrukket sig markant mindre opmærksomhed.¹⁴⁴ En sådan prioritering forekommer uhensigtsmæssig, idet den objektive begrundelse ofte foretages som led i den dominerende virksomheds forsvar af, at en diskriminerende adfærd alligevel ikke udgør diskrimination. I så henseende bliver vurderingen af, om der foreligger ulige vilkår for ydelser af samme værdi og den objektive begrundelse sammenfaldende.¹⁴⁵ Sat på spidsen indebærer prioriteringen således, at der er sket fordømmelse af sager alene på baggrund af anvendelsen af diskriminerende priser. Sondringen har dog værdi i et bevisbyrdemæssigt perspektiv. Foretages vurderingen som led i identificeringen af gerningsindholdet i artikel 102, litra c, påhviler det Kommissionen at godtgøre, at prisdifferentieringen ikke skyldes omkostningsforskelle. Foretages vurderingen herimod som led i forsvaret af en adfærd, der formodes at være ulovlig, påhviler bevisbyrden den anklagede virksomhed.¹⁴⁶ Det bør imidlertid fremhæves, at der er visse udfordringer forbundet med at kræve, at Kommissionen foretager en tilbunds gående undersøgelse af den dominerende virksomheds omkostninger, henset til at det ofte alene vil være virksomheden selv, der har adgang til de fornødne informationer. I et praktisk perspektiv er der således belæg for, at den nærmere undersøgelse reserveres til den dominerende virksomheds forsvar.¹⁴⁷

Som anført i afsnit 1, kan det postuleres, at værdien af et produkt ultimativt fastsættes, efter hvad folk er villige til at betale. Hvor den dominerende virksomhed prissætter på grundlag af handelspartnernes individuelle betalingsvillighed kan det

¹⁴³ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 833, der anfører, at sagen C-163/99, *Portugal mod Kommissionen*, formentlig kan tages til indtægt for en anerkendelse af, at der ikke skal påvises en sådan form for en-til-en sammenhæng, jf. pr. 51. Tilgangen forekommer mindre restriktiv end Kommissionens beslutning i VI/29.491. Denne del af afgørelsen blev imidlertid ikke bekræftet af Domstolen i den efterfølgende sag 322/81, *Michelin I*. Et sådant strengt krav til sammenhængen mellem prisreduktionen og omkostningsbesparelsen har desuden også mødt udbredt kritik i retslitteraturen, jf. bl.a. Geradin & Petit 2005, s. 24.

¹⁴⁴ Jf. i delvis samme retning Bergqvist m.fl. 2017, s. 99.

¹⁴⁵ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 789.

¹⁴⁶ Se sag T-301/04, *Clearstream*, pr. 185, hvor Retten i vurderingen af, om to typer værdipapircentraler udgjorde sammenlignelige kundegrupper, konstaterede, at ”skønt det påhviler Kommissionen at bevise, at der foreligger de omstændigheder, der udgør gerningsindholdet i en tilsidesættelse af artikel 82 EF, påhviler det den berørte dominerende virksomhed, og ikke Kommissionen, i givet fald at gøre en eventuel objektiv begrundelse gældende inden afslutningen af den administrative procedure og i den forbindelse fremsætte argumenter og fremlægge beviser.”

¹⁴⁷ Akman, Pinar, To Abuse or not to Abuse: Discrimination between Consumers, *European Law Review*, 2007, vol. 32(4), s. 492-512 (s. 94), (Akman 2007).

ret beset anføres, at der ikke foreligger ”*ydelser af samme værdi*.” En sådan betragtning har en vis støtte i praksis. EU-Domstolen afviser således ikke, at markedsforholdenes karakteristika, herunder kunders individuelle betalingsvillighed, kan begrunde prisdifferentieringer. I *Deutsche Bahn* anførte den dominerende virksomhed, at prisdifferentieringen var objektivt begrundet, henset til en skarpere konkurrence på de vestlige jernbanestrækninger.¹⁴⁸ Retten gav ikke medhold heri, men tilkendegav dog i generelle vendinger, at en skarpere konkurrence kan begrunde en prisforskel.¹⁴⁹ Se i samme retning *United Brands*, hvor Domstolen ligeledes bemærkede, at intensiteten i konkurrencen kan begrunde prisforskelle.¹⁵⁰ Prisdifferentiering med henblik på at udnytte kundens individuelle betalingsvillighed er som anført tidligere ofte velfærdsfremmende, hvorfor der må anses at være risiko for type 1 fejl¹⁵¹, hvis virksomheden ikke har mulighed for at prissætte herefter.¹⁵² I udformningen af artikel 102, litra c er der dog taget højde herfor, idet adfærden alene fordømmes, når prisdiskriminationen stiller handelspartneren *ringere* i konkurrencen. I et teoretisk perspektiv bør det dog bemærkes, at hvis en dominerende virksomhed har mulighed for at godtgøre, at forskelle i kunders betalingsvillighed bevirker, at der ikke er tale om ydelser af samme værdi, vil adfærden allerede af denne grund falde udenfor artikel 102, litra c. EU-Domstolens nuværende praksis giver dog ikke tilstrækkelig støtte for et sådant holdepunkt.

4.1.3. Handelspartnere

Det følger af artikel 102, litra c, at prisdiskriminationen skal udøves mod den dominerende virksomheds handelspartnere. I praksis ses det hovedsageligt, at handelspartneren befinder sig på downstream-markedet.¹⁵³ Herudover kan den diskriminerede handelspartner også samtidig være en downstream-konkurrent til den

¹⁴⁸ T-229/94, *Deutsche Bahn*, pr. 63. Se afsnit 3.3.1. for den nærmere gennemgang af sagen.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pr. 91, jf. også Bergqvist m.fl. 2017, s. 97-98.

¹⁵⁰ 27/76, *United Brands*, pr. 228. I en senere afgørelse fra Kommissionen, COMP/A.36.568/D3, *Port of Helsingborg*, pkt. 141., anfører Kommissionen mere udtrykkeligt, at den økonomiske værdi af et produkt ikke alene afhænger af omkostningsrelaterede faktorer, men ligeledes af forskelle i kundernes værdisætning. Beslutningen angik imidlertid urimeligt høje priser, jf. artikel 102, litra a. Udtalelsen må dog antages at have generel betydning for prissætning af produkt- og tjenesteydelser.

¹⁵¹ Type 1 fejl dækker over fordømmelse af adfærd som er konkurrenceneutral, eller ligefrem konkurrencefremmende, mens type 2 fejl dækker over det modsatte, dvs. den manglende fordømmelse af adfærd, som er konkurrencebegrænsende, jf. Bergqvist m.fl. 2017, s. 50-51

¹⁵² Se generelt afsnit 2 for prisdiskrimination i et økonomisk perspektiv.

¹⁵³ Samtlige diskriminationssager i afsnit 4.1.4. angår således diskrimination mellem handelspartnere på et *efterfølgende* marked.

dominerende virksomhed.¹⁵⁴ Ligeledes er bestemmelsen blevet anvendt til at fordømme prisdiskrimination, der i princippet retter sig mod afskærmning af en konkurrent, der befinder sig på samme marked, som virksomheden er dominerende på. Som anført i afsnit 3.4. må denne subsumering imidlertid anses at være en fejlfortolkning af bestemmelsens anvendelsesområde, og særligt nyere praksis må formodes at have præciseret, at bestemmelsen ikke omfatter sådanne former for horisontal afskærmningsdiskrimination.¹⁵⁵ Det er herudover nærliggende at fortolke artikel 102, litra c således, at der skal bestå et konkurrenceforhold mellem den favoriserede og den diskriminerede handelspartner. I *Kanal 5 og TV 4*, der angik en præjudiciel forelæggelse vedrørende en dominerende ophavsretsorganisations diskriminerende afgiftsordning, anførtes det udtrykkeligt, at den nationale ret skulle vurdere, om Kanal 5 og TV 4 befandt sig i et konkurrenceforhold til den favoriserede handelspartner.¹⁵⁶ Sager under artikel 102, litra c forudsætter således en afgrænsning af det marked virksomheden formodes at være dominerende på, samt en afgrænsning af det marked, hvor konkurrencefordrejningen manifesterer sig.¹⁵⁷ Det bør dog bemærkes, at det formentlig er tilstrækkeligt at konkurrencesituationen er *indirekte*. I sagen *Interception of cross-border mails*, besad den tyske posttjeneste Deutsche Post AG, (herefter ”DP”) et lovbestemt monopol på det tyske marked for indgående grænseoverskridende post. I tillæg til øvrige overtrædelser af artikel 102 (Se afsnit 5.1. nedenfor), fandt Kommissionen, at DP’s prisdiskrimination overfor dens handelspartner, British Post Office (herefter ”BPO”) stillede BPO ringere i konkurrencen overfor DP, ikke på det tyske marked for indgående grænseoverskridende brevpost, men derimod på det britiske marked for udgående grænseoverskridende brevpost, hvor DP var en direkte konkurrent til BPO. De meromkostninger som BPO pålægges sammenholdt med hyppige forsinkelser fra DP’s side på det tyske marked, indebar således risiko for, at britiske kunder blev tilskyndet til at benytte DP’s tjenester på det britiske marked fremfor DPO.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Se afsnit 3.3.1, hvor prisbaseret favorisering af egne aktiviteter på et downstream-marked blev forfulgt og fordømt efter artikel 102, litra c. En praksis der dog formentlig er svær at opretholde i lyset af den seneste retsudvikling, jf. diskussionen i samme afsnit.

¹⁵⁵ Se afsnit 3.4 for den nærmere diskussion af Kommissionen og EU-Domstolens fordømmelse af visser former for rabatter og selektive prisnedsættelser efter artikel 102, litra c.

¹⁵⁶ C-52/07, *Kanal 5 og TV 4*, pr. 46. Se i samme retning sagerne C-95/04 P, *British Airways*, pr. 144 og C-525/16, *MEO*, pr. 27, der begge forudsætter, at de berørte handelspartnere skal være i konkurrence med hinanden.

¹⁵⁷ Praksis illustrerer dog, at artikel 102, litra c også er blevet anvendt til at fordømme diskriminerende adfærd overfor handelspartnere der *ikke* er aktive på samme marked. Der henvises til afsnit 5 for den nærmere gennemgang af denne form for udnyttende prisdiskrimination.

¹⁵⁸ COMP/C-1/36.915, *Interception of cross-border mails*, pkt. 132. Det er imidlertid denne forfatters holdning, at prisdiskriminationen i ovenstående sag i princippet faldt udenfor artikel 102, litra c’s anvendelsesområde, idet prisdiskrimination skadede DPO’s stilling på et marked, hvor DPO var en umiddelbar konkurrent til DPAG, og således ikke på markedet, hvor DPO var handelspartner til DPAG.

Afgørelsen illustrerer således, at effekterne af prisdiskriminationen ikke behøver at manifestere sig på det marked, adfærden udøves, såfremt den fornødne årsags-sammenhæng mellem diskriminationen og konkurrenceforvridningen påvises. Herved må et *indirekte* konkurrenceforhold i princippet være tilstrækkeligt for at fordømme en prisdiskrimination efter artikel 102, litra c.

4.1.4. Stilles ringere i konkurrencen

I *Portuguese Airports* havde den offentlige virksomhed, Aeroportos e Navegação (herefter "ANA") et statsligt monopol på markedet for driften af luftfartsfaciliteter. Virksomheden anvendte en rabatordning, hvorefter der blev ydet en stigende rabatsats for antal landinger i de portugisiske lufthavne. Kommissionen fandt, at rabatsystemet uden objektiv begrundelse indebar en de facto favorisering af de to største nationale luftfartsselskaber, og stillede de ikke-nationale ringere i konkurrencen.¹⁵⁹ I denne sammenhæng lagde Kommissionen vægt på, at ANA indtog en monopollignende stilling, og således måtte anses som en uomgængelig handelspartner til flyselskaberne.¹⁶⁰ I sagen for Domstolen udtalte denne, at en dominerende virksomhed lovligt kan tilbyde kvantumrabatter, så længe de afspejler omkostningsbesparelserne hos virksomheden. Et sådant rabatsystem, hvor "*visse kunder for visse mængder opnår en gennemsnitlig reduktionssats, der er forholdsmæssige højere end andres set i forhold til forskellen mellem deres respektive køb*" udgør således ikke diskrimination i artikel 102, litra c's forstand.¹⁶¹ Domstolen fandt imidlertid, at kvantumrabattens grænseværdi i praksis indebar, at prisreduktionen var forbeholdt to store nationale luftfartsselskaber.¹⁶² Denne konstatering skyldtes navnlig, at rabatsatsen var progressivt udformet, således at den rabat der tildeltes på grundlag af den sidste rabatprocent var væsentlig højere end de foregående rabatprocenter. Det blev i denne sammenhæng tillagt vægt, at ANA ikke havde været i stand til at påvise en objektiv begrundelse for den progressive sats.¹⁶³ Der forelå med andre ord en økonomisk fordel for de favoriserede luftfartsselskaber, som ikke kunne begrundes i den tilførte aktivitetsvolumen eller andre stor-driftsfordele. I fravær af objektive begrundelser indikerede adfærden, at der i virkeligheden var tale om en selektiv rabat, som havde til hensigt at begunstige nogle af ANA's særligt vigtige handelspartnere.¹⁶⁴ Den selektive rabat indebar, at de begunstigede selskaber, TAP og Portugalia, opnåede en gennemsnitlig rabatsats mellem 22-30 procent, mens de øvrige selskaber alene blev indrømmet en sats mellem

¹⁵⁹ IV/35.703, *Portuguese Airports*, pkt. 25-27.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pkt. 27.

¹⁶¹ C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 50-51.

¹⁶² *Ibid.*, pr. 54.

¹⁶³ *Ibid.*, pr. 55. I Kommissionens beslutning, IV/35.703, *Portuguese Airports*, pkt. 30, anføres det således, at det ikke fandtes godtgjort, at "*virksomheden opnår stordriftsfordele ved at bejlene et fly tilhørende et bestemt flyselskab frem for et andet.*"

¹⁶⁴ C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 53.

1-8 procent svarende til en difference på omkring 20 procent.¹⁶⁵ Der var således tale om en relativ stor prisdifference, der formodentlig har haft en vis indvirkning på luftfartsselskabernes omkostningsstruktur. Domstolen behandlede imidlertid ikke konkurrenceforvridningen mellem luftfartsselskaberne særskilt. På baggrund af sagens omstændigheder anføres det således alene, at *"at den omhandlede ordning indebærer en forskelsbehandling til fordel for TAP og Portugalia."*¹⁶⁶ I den konkrete sag fandtes prisdifferencen på 20 procent således at være tilstrækkeligt til at fordreje konkurrencen på downstream-markedet. Afgørelsen giver imidlertid ikke et nærmere grundlag for at vurdere, hvor stor en sådan prisdifference konkret skal være, før en handelspartner stilles ringere i konkurrencen.

I *Alpha Flight services/Aéroports de Paris*, fandt Kommissionen, at forvaltningsorganet Aéroports de Paris (herefter "ADP"), havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for lufthavnstjenesteydelser gennem en diskriminerende adfærd idet ADP som modsvar til deres lufthavnsforvaltningsydelser, opkrævede en lavere afgift for leverandører på markedet for ground-handling i de parisiske lufthavne, som forestod egen-handling end dem som udliciterede ground-handling tjenester til tredjemand.¹⁶⁷ I henhold til prisdiskriminationens konkurrenceforvridning på det afledte marked, udtalte Kommissionen, at *"omsætningsafgiften er en væsentlig faktor i leverandørens omkostningsstruktur."*¹⁶⁸ I det konkrete tilfælde skal afgiften lægges direkte til enhedsprisen for de omhandlede tjenester (...) den leverandør, der betaler den højeste afgift [kan] ikke tilbyde en konkurrencedygtig pris og samtidig bevare sin fortjenstmargen. Det vil sige, at leverandøren enten vil miste kunder eller være tvunget til at nedsætte sin fortjenstmargen for at kunne tilbyde en konkurrencedygtig pris, der kompenserer for forskellige omsætningsafgifter."¹⁶⁹ Kommissionen fandt således, at der til gengæld for ADP's service anvendtes ulovlige diskriminerende afgifter, der ikke var omkostningsbegrundede. Henset til ovenstående betragtninger havde disse afgifter mærkbare følger for den pris som ground-handling-virksomheder kunne tilbyde for dens tjenester i det efterfølgende led, hvorved konkurrencen på markedet for lufttransportstjenester blev forvredet.¹⁷⁰ Retten var enig i Kommissionens vurdering af, at prisdiskriminationen medførte en forvridning af konkurrencen idet *"de virksomheder, der har bevilling til at udføre de to former for handling, [fik] mulighed for at afskrive deres investeringer og således tilbyde bedre vilkår for ground handling for andre."*¹⁷¹

¹⁶⁵ IV/35.703, *Portuguese Airports*, pkt. 25.

¹⁶⁶ C-163/99, *Den Portugisiske Republik*, pr. 57.

¹⁶⁷ IV/35.613, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, artikel 1.

¹⁶⁸ Egen fremhævnning.

¹⁶⁹ IV/35.613, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, pkt. 109-110.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pkt. 119-125.

¹⁷¹ T-128/98, *Aéroports de Paris – Rettens dom*, pr. 215.

Domstolen stadfæstede Rettens dom bl.a. med henvisning til denne præmis.¹⁷² Det må derfor forudsættes, at det produkt eller den tjeneste som den dominerende virksomhed leverer på downstream-markedet udgør en *væsentlig* andel af de samlede omkostninger ved det afledte produkt, før at der foreligger en konkurrenceforvridning.¹⁷³

Ovenstående finder også støtte i Kommissionens afgørelse *Soda – Solvay*. I sagen fandtes anvendelsen af en række rabatordninger at udgøre såvel horisontal afskærmningsdiskrimination, som vertikal afskærmningsdiskrimination i strid med artikel 102, litra c.¹⁷⁴ Som også anført i afsnit 3.4. illustrerer tidligere praksis en mekanisk tilgang til kravet om konkurrencepåvirkning på downstream-markedet, forstået således at prisdiskriminationen fordømmes uden nærmere undersøgelse af påvirkningen af handelspartnernes konkurrence.¹⁷⁵ I *Soda – Solvay* foretog Kommissionen derimod en grundigere analyse af prisdiskriminationens indvirkning på handelspartnernes konkurrencesituation på downstream-markedet.¹⁷⁶ I overensstemmelse med *Alpha Flight services/Aéroports de Paris*, lagde Kommissionen afgørende vægt på, at prisdiskriminationen havde ”*betydelig indvirkning på de pågældende virksomheders omkostninger*”, og således tegnede sig for ”*op til 70 procent af de samlede råmaterialeomkostninger*.” Kommissionen fandt på baggrund heraf, at handelspartnernes konkurrenceevne blev påvirket af diskriminationen.¹⁷⁷

I *Clearstream* fandt Kommissionen, at Clearstream Banking (herefter ”CBF”) havde misbrugt sit monopol som eneste depotbank for værdipapirer gennem en diskriminerende leveringsnægtelse, samt prisdiskrimination overfor den internationale værdipapircentral, Euroclear Bank (herefter ”EB”), der befandt sig på det

¹⁷² C-82/01 P, *Aéroports de Paris – Domstolens Dom*, pr. 116.

¹⁷³ Se i samme retning Lang, J. Temple & O’Donoghue, Robert, *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC*, Fordham International Journal, 2002, vol. 26 (1), s. 83-162 (s. 119), (*Lang & O’Donoghue 2002*)

¹⁷⁴ IV/33.133-C, *Soda – Solvay*, pkt. 61-64.

¹⁷⁵ Se Forenede sager 40-48, 50, 54 -56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie*, hvor Domstolens ordvalg synes at indikere, at en prisdiskrimination mellem den dominerende virksomheds handelspartnere nødvendigvis stiller handelspartneren ringere i konkurrencen, jf. pr. 523-525.

¹⁷⁶ O’Donoghue & Padilla 2013, s. 812.

¹⁷⁷ IV/33.133-C, *Soda – Solvay*, pkt. 63-64. Det skal bemærkes, at Kommissionen ikke direkte refererer til kravet om, at handelspartneren ”stilles ringere i konkurrencen.” Kommissionens undersøgelse illustrerer imidlertid, at det har haft betydning for adfærdens lovlighed, i hvilket omfang handelspartnernes indbyrdes konkurrenceevne blev påvirket af prisdiskriminationen. Således må det formodes, at Kommissionen indirekte foretog en undersøgelse af handelspartnernes stilling i konkurrencen.

efterfølgende marked for sekundære clearing- og afviklingsydelser.¹⁷⁸ I henhold til prisdiskriminationen fandt Retten, at CBF over en 5-årig periode opkrævede 5 euro pr. transaktion mellem nationale værdipapircentraler, mens den opkrævede 6 euro overfor EB, samt et årligt fast beløb, som EB's konkurrenter ikke blev opkrævet.¹⁷⁹ Henset til at CBF besad et faktisk monopol, måtte en sådan prisdiskrimination i en uafbrudt 5-årig periode uomtvisteligt indebære, at EB blev stillet ringere i konkurrencen overfor de nationale værdipapircentraler.¹⁸⁰ I tråd med bl.a. *Portuguese Airports* lagde Retten således afgørende vægt på, at CBF var en uomgængelig handelspartner. Ligeledes måtte diskriminationens vedvarende karakter antages at have en kumulativ og herved mærkbar effekt på EB's konkurrenceevne.¹⁸¹ Kommissionen afholdt sig imidlertid fra at foretage en nærmere undersøgelse af adfærdens indvirkning på EB's konkurrenceevne, hvorfor det umiddelbart forekommer, at Retten fordømmer prisdiskriminationen på en art formodningsbasis.¹⁸² I denne sammenhæng bør det dog bemærkes, at Clearstreams søsterselskab sammen med EB, udgjorde de eneste *internationale* værdipapircentraler, og således var i direkte konkurrence med hinanden.¹⁸³ I den omtvistede beslutning anførte Kommissionen under vurderingen af den diskriminerende leveringsnægtelse, at CBF's gentagne beskrivelser af koncernen som "*a single entity*" vidnede om, at CBF og søsterselskabet forfulgte et fælles mål om at udelukke EB fra markedet for sekundære clearing- og afviklingsydelser, for herved at begunstige søsterselskabet.¹⁸⁴ Disse omstændigheder giver sagen en *horisontal* karakter, eftersom det må anses som en logisk slutning, at prisdiskriminationen mellem EB og de nationale værdipapircentraler, også kan tilskrives CBF's interesse i at afskærme EB, desuagtet at søsterselskabet i princippet ikke blev opkrævet mere favorable priser end EB.¹⁸⁵ Henset hertil kan det heller ikke udelukkes, at den efterfølgende vurdering af prisdiskriminationen er blevet skærpet af identificeringen af en subjektiv skadeshensigt.

¹⁷⁸ COMP/38.096, *Clearstream – Kommissionens beslutning*, pkt. 216-337. Primær clearing og afvikling foreligger, når det er det organ, der har selv har værdipapirerne i sin forvaring, der forestår tjenesteydelsen, mens sekundær foreligger når ydelsen forestås af mellemlid, dvs. andre aktører end det organ der har værdipapirerne i forvaring, jf. T-301/04, *Clearstream*, pkt. 7-15.

¹⁷⁹ T-301/04, *Clearstream*, pr. 173.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pr. 194.

¹⁸¹ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 813.

¹⁸² C-525/16, *MEQ – Generaladvokatens forslag*, pkt. 89-91.

¹⁸³ COMP/38.096, *Clearstream – Kommissionens beslutning*, pkt. 19.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pkt. 235-237. Retten valgte ikke at behandle spørgsmålet om forfølgelsen af et konkurrencebegrænsende *formål*, idet et sådant subjektivt krav ikke udgør en forudgående betingelse for at identificere et misbrug, jf. T-301/04, *Clearstream*, pr. 142-143.

¹⁸⁵ COMP/38.096, *Clearstream – Kommissionens beslutning*, pkt. 330, jf. også Geradin & Petit 2005, s. 31-32.

I *British Airways* identificerede Domstolen både en horisontal og vertikal afskærmningsdiskrimination.¹⁸⁶ I den omtvistede beslutning havde Kommissionen foretaget en vurdering af resultatpræmieordningens påvirkning af konkurrencen mellem rejsebureauerne på downstream-markedet. Kommissionen fandt, at rabatten alene var betinget af, om rejsebureauet overskred det forudgående års salg af BA-billetter.¹⁸⁷ Rabatsystemet var med andre ord ikke beregnet på baggrund af rejsebureauets objektive salgsmængde, men derimod individuelt knyttet til rejsebureauets forudgående salg. Rabatten var således diskriminerende i artikel 102, litra c's forstand. I forlængelse heraf udtalte Kommissionen, at rejsebureauerne var i konkurrence med hinanden om salget af rejsebureautjenester. Provisionsindtægterne som det enkelte rejsebureau modtog, faciliterede reklametiltag og direkte prisreduktioner til deres kunder. Herefter fandt Kommissionen, at forskellene i provisionsindtægterne påvirkede rejsebureauernes evne til at konkurrence med hinanden.¹⁸⁸ I sagen for Retten blev det anført, at BA var en uomgængelig handelspartner, hvorved rejsebureauerne i praksis var tvunget til at kontrahere med BA.¹⁸⁹ Retten bekræftede, at præmieordningerne var diskriminerende, og lagde herudover vægt på, at disse var retroaktive, hvorfor opfyldelse af det individuelt fastsatte mål ville få betydelige økonomiske konsekvenser for det enkelte rejsebureau.¹⁹⁰ I denne forbindelse understregede Retten, at rejsebureauerne befandt sig i *intens* konkurrence, og at deres konkurrenceevne til at formidle flypladser til en rimelig pris afhang af deres økonomiske ressourcer.¹⁹¹ I overensstemmelse med Kommissionens beslutning fandt Retten således, at BA's præmieordning stillede visse rejsebureauer ringere i konkurrencen.¹⁹² I Generaladvokat Kokotts (herefter "GA") forslag til afgørelse rettes en kritik af tidligere retspraksis meget summariske gennemgang af kriteriet "*stillet ringere i konkurrencen*".¹⁹³ GA anfører således, at artikel 102, litra c forudsætter et konkurrenceforhold mellem de berørte handelspartnere, og at det herefter må godtgøres, at den pågældende prisdiskrimination *konkret kan* fordrøje konkurrencen mellem disse.¹⁹⁴ Henset til de relative milde krav som praksis på daværende tidspunkt opstillede for undersøgelse af en vertikal afskærmningsdiskrimination, fandt GA dog, at den omstændighed, at BA's provisionsordninger kunne medføre *betydelige* ændringer i rejsebureauernes indtægter var tilstrækkeligt til at konkludere, at rejsebureauerne blev stillet ringere

¹⁸⁶ Se nærmere om den horisontale afskærmningsdiskrimination under afsnit 3.2.1.

¹⁸⁷ Sag IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, pkt. 109-110.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pr. 111.

¹⁸⁹ T-219/99, *British Airways – Rettens dom*, pr. 217-218.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pr. 234-235.

¹⁹¹ *Ibid.*, pr. 238.

¹⁹² *Ibid.*, pr. 240.

¹⁹³ C-95/04 P, *British Airways – Generaladvokatens forslag*, pkt. 120-122.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pkt. 124-125.

i konkurrencen.¹⁹⁵ Domstolen udtalte indledningsvist, at det ikke er tilstrækkeligt, at der foreligger en prisdiskrimination, men at det derudover også må godtgøres, at adfærden i lyset af alle omstændigheder sandsynligvis fordrejer konkurrencen på et marked i et tidligere eller efterfølgende led.¹⁹⁶ Herefter kan det imidlertid ikke yderligere kræves, at der føres bevis for en effektiv kvantificerbar fordrejning af den enkelte handelspartners konkurrencestilling.¹⁹⁷ Domstolen gengav i det væsentlige Rettens konklusion om, at rejsebureauerne befandt sig i intens konkurrence, og at konkurrenceevnen beroede på evnen til at tilbyde flysæder til en rimelig pris. En evne der var direkte relateret til de økonomiske ressourcer, som primært tilførtes selskaberne gennem deres provisionsindtægter.¹⁹⁸ Domstolen fandt det således påvist, at de betydelige forskellene i provisionsindtægterne stillede visse rejsebureauer ringere i konkurrencen i strid med artikel 102, litra c.¹⁹⁹ Rettens henvisning til at BA var en uomgængelig handelspartner, må formentlig også tages til indtægt for, at graden af den dominerende virksomheds markedsstyrke på upstream-markedet, kan få konkret betydning i vurderingen af, om prisdiskriminationen sandsynligvis fører til en konkurrenceforvridning på downstream-markedet.²⁰⁰ Det må antages, at Domstolen lod sig inspirere af GA eftersom det præciseres, at artikel 102, litra c forudsætter, at adfærden *sandsynligvis* stiller handelspartneren ringere i konkurrencen, dog uden krav om en *konkret* fordrejning af konkurrencen. Samtidig illustrerer afgørelsen, at denne vurdering skal foretages i lyset af alle omstændigheder i sagen. Dette synes at indikere en kasuistisk tilgang til prisdiskrimination efter artikel 102, litra c. Imidlertid angiver EU-Domstolen ikke hvilke omstændigheder, der indgår i undersøgelsen. Afgørelsen giver med andre ord ikke grundlag for at deducere nogle mere generelle retningslinjer for, hvornår handelspartneren stilles ringere i konkurrencen. Eftersom der lægges afgørende vægt på de ændringer i rejsebureauernes indtægter, som prisdiskrimination medfører, sidestiller Domstolen i et vist omfang prisdiskriminationens indvirkning på handelspartnerens *umiddelbare fortjeneste* med dennes *evne* til at konkurrere på

¹⁹⁵ *Ibid.* Pkt. 128-129.

¹⁹⁶ C-95/04 P, *British Airways*, pr. 143-144. Den danske version oversætter originalversionens "*tends*" med "*tilsigter*". En mere korrekt oversættelse må imidlertid være "*sandsynlig*", jf. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/tend>, som oversætter tends til "*to be likely*."

¹⁹⁷ C-95/04 P, *British Airways*, pr. 145.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pr. 146.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pr. 146-148.

²⁰⁰ O'Donoghue & Padilla 2013, s. 813, og Motta 2005, s. 341.

det efterfølgende marked. Det må imidlertid fordres en vis varsomhed med at side-stille fortjeneste og konkurrenceevne.²⁰¹ Henset hertil forekommer det, at prisdiskriminationen i *British Airways* også er blevet fordømt uden en tilbundsgående undersøgelse af adfærdens påvirkning af handelspartnernes konkurrenceevne.

I den seneste afgørelse på området, *MEO*, havde en dominerende virksomhed, som forvaltede ophavsbeslægtede rettigheder, igennem en årrække opkrævet forskellige priser over for tre af sine handelspartnere, heriblandt virksomheden *Serviços de Comunicações e Multimédia* (herefter ”MEO”).²⁰² Den portugisiske ret i første instans forelagde Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, som blev behandlet samlet for herigennem at præcisere kravene til udtrykket ”*stilles ringere i konkurrencen*.”²⁰³ I sit forslag til afgørelse anfører GA indledningsvist, at udtrykket ”*stilles ringere i konkurrencen*” ikke kan sidestilles med den umiddelbare ulempe, som prisdiskriminationen påfører handelspartneren, men at der tværtimod skal foreligge en forvridning af konkurrencen på det afledte marked.²⁰⁴ Ifølge GA har navnlig nyere praksis præciseret, at det ikke (længere) kan *formodes*, at der foreligger en konkurrencebegrænsning alene på grund af den dominerende virksomheds adfærd.²⁰⁵ GA kategoriserer herefter de forskellige former for prisdiskrimination under primary-line og secondary-line-prisdiskrimination. Førstnævnte er i princippet ekskluderende misbrug, jf. også afsnit 3.3.1., mens secondary-line-prisdiskrimination derimod er rettet mod handelspartnere på et marked, hvor den dominerende virksomhed *ikke* er aktiv.²⁰⁶ Ifølge GA er det vigtigt at sondre mellem primary-line-prisdiskrimination, hvor den dominerende virksomhed (ofte) har en umiddelbar interesse i at fortrænge konkurrenten, og secondary-line-prisdiskrimination, hvor virksomhedens interesse i at prisdiskriminere må formodes alene at bestå i (lovlig)²⁰⁷ udnyttelse af handelspartnernes betalingsvillighed, og således ikke i et ønske om at fordreje selve konkurrencen på dette marked.²⁰⁸ Secondary-line-prisdiskrimination forudsætter ifølge GA derfor en *grundigere* undersøgelse af de konkrete følgevirkninger.²⁰⁹ Taksonomien primary og secondary-line-prisdiskrimination anvendes ikke direkte af Domstolen i den efterfølgende afgørelse. Afgørelsen i *MEO* er herudover i al væsentlighed i overensstemmelse med GA’s

²⁰¹ O’Donoghue & Padilla 2013, s. 802.

²⁰² C-525/16, *MEO*, pr. 8-9.

²⁰³ *Ibid.*, pr. 21-22.

²⁰⁴ C-525/16, *MEO* – Generaladvokatens forslag, pkt. 63-69.

²⁰⁵ *Ibid.*, pkt. 70. GA henviser i denne sammenhæng til sag C-414/14 P, *Intel*, pr. 133-147

²⁰⁶ Sag C-525/16, *MEO* – Generaladvokatens forslag, pkt. 72-74.

²⁰⁷ Følgelig forudsat at den dominerende virksomheds priser ikke kan kvalificeres som ”urimeligt høje” i artikel 102, litra a’s forstand.

²⁰⁸ C-525/16, *MEO* – Generaladvokatens forslag, 75-79 og pkt. 92.

²⁰⁹ *Ibid.*, pkt. 102.

forslag. Domstolen bekræfter således GA i, at der skal foreligge en konkurrencemæssig ulempe som aktuelt eller potentielt begrænser konkurrencen til skade for forbrugernes velfærd.²¹⁰ En sådan konkurrencebegrænsning kan alene identificeres i lyset af *samtlige relevante omstændigheder* i den konkrete sag.²¹¹ Således indgår den dominerende virksomheds stilling på det forudgående marked, forhandlingsstyrken vedrørende priser, betingelserne og reglerne for pålæggelse af disse, varigheden og størrelsen, samt eksistensen af en udelukkelsesstrategi for herigennem at fastslå, om adfærden har en indvirkning på omkostningerne, fortjenesten eller anden relevant interesse for handelspartneren.²¹² I forhold til *mærkbarheden* af den pågældende konkurrencemæssige ulempe, understreges det, at der ikke gælder en de-minimis-tærskel indenfor artikel 102. Kravet ”*stilles ringere i konkurrencen*” fordrer imidlertid, at prisdiskriminationen påvirker handelspartnerens konkurrencemæssige stilling.²¹³ Denne del af afgørelsen må nødvendigvis tages til indtægt for, at der alligevel kan identificeres en form for materiel minimumstærskel, eftersom det er vanskeligt at forestille sig, at en prisdiskrimination af bagatelagtig karakter, vil kunne have den fornødne indvirkning på handelspartnerens konkurrencemæssige stilling. I den foreliggende sag, fandt Domstolen, at både MEO og den favoriserede handelspartner besad en vis forhandlingsstyrke, at prisen til MEO var bestemt på grundlag af en forudgående voldgiftskendelse, at upstream-produktet ikke udgjorde en væsentlig andel af de omkostninger, som MEO afholdt for at levere det afledte produkt, men tværtimod alene tegnede sig for en relativt lille procentdel, og endelig at der ikke forelå bevis for, at den dominerende virksomhed havde haft til hensigt at fordreje konkurrencen på markedet.²¹⁴ De konkrete forhold i sagen pegede med andre ord i retning af, at MEO ikke var blevet stillet ringere i konkurrencen.

Det kan sammenfattende konkluderes, at praksis på området for vertikal afskærmningsdiskrimination under alle omstændigheder ikke giver et grundlag for at identificere en klar retstilstand. Rækkevidden af diskriminationsforbuddet er således præget af en betydelig uklarhed, navnlig henset til at EU-Domstolen ikke før ganske nylig i *MEO*, har forsøgt at definere det nærmere indhold i kriteriet ”*stilles ringere i konkurrencen*”. Den analyserede praksis giver dog grundlag for at konkludere, at den blotte anvendelse af diskriminerende priser overfor handelspartnere ikke udgør et *per se* misbrug efter artikel 102, litra c, men at en konkurrenceforvridning tillige skal kunne påvises. I det omfang den dominerende virksomhed er en uomgængelig handelspartner, der leverer et nødvendigt og essentielt input til handelspartnerens afledte produkt, vil denne som udgangspunkt være nødsaget til

²¹⁰ C-525/16, *MEO*, pr. 26.

²¹¹ *Ibid.*, pr. 27-28.

²¹² *Ibid.*, pr. 31 og 37.

²¹³ *Ibid.*, pr. 29-30, jf. også Generaladvokatens forslag, pkt. 100-101.

²¹⁴ *Ibid.*, pr. 32-35.

at acceptere forskelsbehandlingen, og den dertilhørende indvirkning på sin konkurrencemæssige stilling. En monopol- eller quasi-monopol lignende stilling på det forudgående marked skærper med andre ord misbrugsvurderingen. Endvidere må det konkluderes, at adfærdens mærkbarhed på handelspartnerens omkostningsstruktur er et relevant parameter. Det må således antages, at den dominerende virksomheds upstream-ydelse skal udgøre en *væsentlig* andel af omkostningerne ved den ydelse, som den diskriminerede handelspartner leverer på det efterfølgende marked, før at en konkurrenceforvridning er mulig. At disse forhold er forudsætninger for en vertikal afskærmning, finder desuden også en vis støtte i Kommissionens retningslinjer for ikke-horisontale fusioner. Visse af betragtningerne genfindes således i Kommissionens retningslinjer for, hvornår en fusion vil kunne udsætte downstream-konkurrenterne for effektiv afskærmning.²¹⁵ Bergqvist og Townsend anfører i *Enforcing Margin Squeeze Ex Post Across Converging Telecommunications Markets*, at de nævnte faktorer bør kunne overføres til margin squeeze sager.²¹⁶ Det må ligeledes antages, at betragtningerne som udgangspunkt også kan overføres til vertikal afskærmningsdiskrimination. De af praksis udledte retningslinjer ovenfor genfindes i al væsentlighed i *MEO*. *MEO* bekræfter således *British Airways*, eftersom det i lyset af alle omstændigheder skal godtgøres, at prisdiskriminationen sandsynligvis fordrejer konkurrencen. I modsætning til *British Airways*, fastlægger afgørelsen imidlertid også det materielle indhold i udtrykket "*stillet ringere i konkurrencen*", ved at opregne de omstændigheder, som er af særlig relevans for analysen. Dommens henvisning til eksistensen af en elimineringshensigt må ligeledes anses at ækvivalere med gældende ret. Mens misbrug af en dominerende stilling ikke er betinget af en konkurrencebegrænsende hensigt, kan en sådan forretningsstrategi dog udgøre én ud af flere omstændigheder i den samlede vurdering af, om der foreligger et misbrug.²¹⁷ Henvisningen til *Intel* synes herudover at indikere, at der fremover skal anlægges en effektbaseret undersøgelse, i stil med *Intel*-rammerne, således at prisdiskriminationen alene fordømmes, i det omfang der kan identificeres en afskærmningsrisiko til skade for forbrugervelfærden.²¹⁸ I fravær af en konkurrenceforvridning må det da også anses uforeneligt med misbrugsbegrebet som det er afgrænset i praksis²¹⁹, at fordømme den

²¹⁵ Se således Retningslinjerne for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, 2008, EUT, C 265/6, pkt. 30-39 (*Kommissionens retningslinjer for ikke-horisontale fusioner*).

²¹⁶ Bergqvist & Townsend 2005, s. 5.

²¹⁷ C-549/10 P, *Tomra*, pr. 19-21.

²¹⁸ C-525/16, *MEO*, pr. 31. Med undtagelse af referencen til modstående forhandlingstyrke, er de opregnede omstændigheder også indeholdt i Domstolens afgørelse i C-413/14, *Intel – Domstolens dom*, pr. 139.

²¹⁹ Efter fast praksis er der tale om et objektivt begreb, der omfatter adfærd; "*som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende*

blotte anvendelse af diskriminerende priser.²²⁰ En sådan tilgang er ligeledes i overensstemmelse med den gængse økonomiske teori, hvorefter følger at der ikke er belæg for, at en velfærdsforringelse kan statueres på en formodningsbasis, men at en nærmere analyse af sagens omstændigheder er nødvendig for at vurdere prisdiskriminationens velfærdseffekter.²²¹ Distanceringen fra en mere formodningsbaseret fordømmelse er desto mere berettiget henset til de udfordringer, der er forbundet med at identificere den *ikke* vertikalt integrerede virksomheds incitament til at afskærme sine handelspartnere, jf. afsnit 2.2. I sagerne *Portuguese Airports* og *Alpha Flight services/Aéroports de Paris* forelå således en indirekte favorisering af nationale operatører. I *Clearstream*, hvor Euroclear blev stillet ringere overfor nationale værdipapircentraler, sløres den vertikale afskærmning af den omstændighed, at Clearstreams søsterselskab var aktiv på samme marked. I *Soda – Solvay* og *British Airways* forekommer fordømmelsen at være rettet mod den horisontale afskærmning, mens den vertikale afskærmning behandles som en art følgekonsekvens af det primære misbrug.²²² Majoriteten af sagerne er med andre ord karakteriseret ved særlige omstændigheder, der *kan* have været determinerende for den pågældende adfærd, såvel som den efterfølgende forfølgelse og fordømmelse. MEO kan siges i princippet at angå hvad der kan betegnes som ”*rigtig prisdiskrimination*”, herved forstås vertikal afskærmningsdiskrimination i fravær af de ovenfor anførte særlige omstændigheder. På grundlag af den præjudicielle besvarelse er det imidlertid mest nærliggende, at prisdiskriminationen *ikke* stillede MEO ringere i konkurrencen. I et udelukkende *praktisk* perspektiv er det således hensigtsmæssigt, at Kommissionen har valgt fortrinsvist at prioritere horisontal afskærmningsdiskrimination, dvs. ekskluderende adfærd. I kraft af Forordning 1/2003’s decentralisering af håndhævelsen af EU-konkurrencereglerne forestår virksomheder imidlertid i højere grad end tidligere *ex ante* evaluering af deres adfærds lovlighed.²²³ Den betydelige usikkerhed som - også efter MEO’s præciseringer - fortsat er forbundet med at fastslå, i hvilken grad handelspartneren skal

virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser”, jf. sag 85/76, Hoffmann-La Roche, pr. 91, C-62/86, AKZO, pr. 69 og T-128/98, Aéroports de Paris - Rettens dom, pr. 170.

²²⁰ Se I denne retning også Gerard 2005, s. 19.

²²¹ O’Donoghue & Padilla 2013, s. 782 og Geradin & Petit 2005, s. 5-7.

²²² O’Donoghue & Padilla 2013, s. 812-814.

²²³ I 2003 blev Rådets Forordning (EF) Nr. 1/2003, af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT L 1/1 (*Forordning 1/2003*) gennemført. Forordningen introducerede et decentraliseret håndhævelsessystem gennem afskaffelse af det centraliserede anmeldelsessystem. Virksomheder kan således ikke længere afvente Kommissionens godkendelse af, hvorvidt en bestemt aftale eller en given adfærd er lovlig under artikel 101 og 102.

stilles ringere efter artikel 102, litra c, er således uheldigt i et retssikkerhedsmæssigt perspektiv.

Selvom *MEO* således opstiller den gængse ramme for misbrugsanalysen åbner dommen også op for en række spørgsmål. Henvisningen til handelspartnernes forhandlingstyrke er således af relevans i forhold til vurderingen af, om den dominerende virksomhed rent faktisk er i *stand* til at prisdiskriminere. I forhold til den efterfølgende vurdering af prisdiskriminationens *indvirkning* på handelspartnerens konkurrencemæssige stilling, forekommer eksistensen heraf imidlertid at være et mindre relevant kriterium, idet den potentielle forhandlingstyrke tydeligvis ikke har forhindret den dominerende virksomhed i at prisdiskriminere overfor handelspartneren. Som anført ovenfor anfører GA i sit forslag, at vertikal afskærmningsdiskrimination bør underlægges en *grundigere* undersøgelse end øvrig prisbaseret ekskluderende adfærd. Domstolen adresserer ikke denne udtalelse direkte, men bemærker dog, at en ikke integreret virksomhed principielt ikke har nogen interesse i at udelukke en af sine handelspartnere fra det efterfølgende marked.²²⁴ På trods af at dette umiddelbart indikerer at der burde gælde et højt beviskrav for at fordømme vertikal afskærmningsprisdiskrimination, afsluttes dommen med den relative åbne vending, at det er tilstrækkeligt at adfærden kan påvirke "*omkostningerne, fortjenesten eller en anden relevant interesse*."²²⁵ Endelig kan afgørelsen tages til indtægt for, at en form for AEC-test også kan udgøre en del af misbrugsanalysen. Der kan imidlertid identificeres en række udfordringer forbundet med en udvidelse af AEC-standarden til vertikal afskærmningsdiskrimination, jf. nærmere afsnit 4.2 og 4.3. På sin vis åbner *MEO* således op for lige så mange døre, som den lukker.

4.2. Post MEO – upstream-prisen skal give dækning til LRAIC?

Kommissionen anfører i Håndhævelsesvejledningen, at den som udgangspunkt alene vil gribe ind over for prisbaseret ekskluderende adfærd, hvis adfærden har eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være *lige så* effektive som den dominerende virksomhed.²²⁶ Praksis i afsnit 3 bekræfter, at AEC-testen indgår som en fast bestanddel i vurderingen af ekskluderende adfærd, både indenfor predatory pricing, og margin squeeze sager.²²⁷ En variant af AEC-

²²⁴ C-525/16, *MEO*, pr. 35.

²²⁵ *Ibid.*, pr. 37.

²²⁶ Håndhævelsesvejledningens pkt. 23.

²²⁷ Se bl.a. sagerne C-62/86, *AKZO*, pr. 74, C-202/07 P, *France Télékom*, pr. 108, C-280/08 P, *Deutsche Telekom – Domstolens dom*, pr. 198-202, C-52/09 og *TeliaSonera*, pr. 41-44.

testen indgår efter omstændighederne nu også i vurderingen af rabatters afskærmende virkning.²²⁸ Praksis vedrørende vertikal afskærmningsdiskrimination har tillige undergået en markant forandring hen imod en mere effektbaseret tilgang. Spørgsmålet bliver derfor, om en AEC-test også kan udgøre et relevant værktøj i vertikale diskriminationssager. I nærværende afsnit diskuteres fordele og ulemper forbundet med at afgøre den vertikale afskærmnings lovlighed ud fra, hvorvidt handelspartneren kan dække LRAIC.²²⁹ Konkrete forslag til den nærmere udformning af en sådan standard præsenteres i afsnit 4.3.

Som konkluderet i afsnit 3.3.1. skal prisbaseret favorisering af egne aktiviteter, dvs. når den dominerende virksomhed prisdiskriminerer overfor en downstream-konkurrent, formentlig fremover behandles indenfor rammerne af margin squeeze. Sammenholdes tilgangen til margin squeeze med de kriterier, som er opstillet på grundlag af analysen af praksis på området for vertikal afskærmningsdiskrimination, jf. afsnit 4.1.4. er det svært ikke at se en vis fællesnævner i misbrugsvurderingen. Både virksomhedens grad af dominans såvel som nødvendigheden af upstream-ydelsen indgår således som skærpende forhold i vurderingen af, om downstream-konkurrenten henholdsvis handelspartneren udsættes for en afskærmningsrisiko.²³⁰ Desuden ækvivalerer Kommissionen og EU-Domstolens anvendte formuleringer i margin squeeze sager ”*stilles ringere i konkurrencemæssig sammenhæng*” på et rent sprogligt plan med artikel 102, litra c’s krav til at handelspartneren skal stilles ringere i konkurrencen.²³¹ EU-sagen *TeliaSonera* illustrerer imidlertid, at en prissætning, der medfører at downstream-konkurrentens rentabilitet kunstigt nedsættes, også uden at dette fører til en tabsgivende omsætning, kan udgøre et ulovligt margin squeeze.²³² En sådan retstilstand har dog mødt kritik, navnlig henset til den usikkerhed, der er forbundet med at fastslå hvad en ”rimelig” profit er. Hvorvidt *TeliaSonera* kan opretholdes som gældende ret er dog tvivlsomt, henset til at Domstolen i den efterfølgende *Post Danmark I* nægtede at

²²⁸ Se sagerne C-413/14 P, *Intel – Domstolens dom*, pr. 140-147 og C-23/14, *Post Danmark II*, pr. 61. Det kan ikke afvises, at den omstændighed, at Kommissionen i *Intel* selv valgte at inddrage AEC-testen påvirkede Domstolens vurdering af testens relevans, hvorfor der fortsat består en vis usikkerhed forbundet med at fastlægge testens generelle anvendelighed i forhold til rabatter, jf. Bergqvist m.fl. 2017, s. 64.

²²⁹ Kommissionen har fortrinsvist foretaget AEC-testen på grundlag af et LRAIC-benchmark, jf. bl.a. sagerne COMP/38/784, *Wanadoo España*, pkt. 316-324 og COMP/AT.39678/AT.39731, *Deutsche Bahn I/II* pkt. 51, hvorfor afhandlingen anvender LRAIC som omkostningsreference.

²³⁰ Sammenhold følgende præmisser i C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 69-71 og C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 255 og COMP/AT.39678/AT.39731, *Deutsche Bahn I/II*, pkt. 58-63 med navnlig C-525/16, *MEO*, pr. 31.

²³¹ C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 70 og C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pr. 234 COMP/AT.39678/AT.39731, *Deutsche Bahn I/II*, pkt. 58.

²³² C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 33.

kategorisere en prispolitik der sikrede omkostningsdækning som misbrug.²³³ Udfordringen ved at definere en ”rimelig” profit har samme vægt i relation til vertikal afskærmningsdiskrimination. Et krav om at prisdiskriminationen alene er ulovlig i det omfang den *ikke* giver mulighed for at dække LRAIC, ville således navnlig eliminere usikkerheden forbundet med at fastslå, hvad en rimelig profit er og herved klarlægge, hvornår anvendelsen af diskriminerende priser er tilstrækkelig til at stille handelspartneren ringere i konkurrencen i artikel 102, litra c’s forstand.

Imod anvendelsen af en LRAIC-standard under vertikal afskærmningsdiskrimination taler navnlig, at EU-Domstolen i en række sager har lagt vægt på, at der som udgangspunkt skal testes i den dominerende virksomheds *egne* omkostninger. En sådan tilgang er i overensstemmelse med det almindelige princip om retssikkerhed, idet virksomheden har mulighed for at foretage såkaldt ”*self-assessment*” af dens adfærds lovlighed, når der tages afsæt i *egne* omkostninger.²³⁴ Omvendt er der risiko for at retssikkerhedsprincippet brydes ”*Hvis lovligheden af en dominerende virksomheds priser derimod afhænger af konkurrerende virksomheders særlige situation, herunder navnlig deres omkostningsstruktur – oplysninger, den dominerende virksomhed normalt ikke kender.*”²³⁵ Retssikkerhedsmæssige betragtninger taler således imod brug af en LRAIC-standard, idet der i sagens natur ikke vil kunne tages udgangspunkt i den dominerende virksomheds egne omkostninger under vertikal afskærmningsdiskrimination. Det bør dog bemærkes, at EU-Domstolen ikke afviser at særlige omstændigheder kan forde, at der skal tages udgangspunkt i konkurrenternes omkostninger og priser.²³⁶ Det er derfor mest nærliggende at læse de retssikkerhedsmæssige betragtninger i den kontekst, hvori de er fremsat; dvs. i margin squeeze sager, hvor der som udgangspunkt består en *reel* mulighed for at anvende den vertikalt integrerede downstream-afdelings *egne* omkostninger. Det skal ligeledes bemærkes, at den dominerende virksomheds viden om dens egne omkostninger er af begrænset værdi i relation til eksempelvis retroaktive rabatters udelukkelsesevne. En *ex ante* selvevaluering fra virksomhedens side ville i disse tilfælde kræve, at den besad viden om hvor stor en del af den pågældende kundes efterspørgsel på markedet der konkret var udsat for konkurrence.²³⁷ Henset til ovenstående forekommer princippet om at anvende den dominerende virksomheds egne omkostninger, mest af alt som et *udgangspunkt*, som alt afhængig af den pågældende misbrugsform har mere eller mindre gennemslagskraft i praksis. Det bør dog bemærkes, at der på grundlag af ordlyden ”*stilles ringere i konkurrencen*” ikke synes at kunne opstilles et ubetinget krav om, at

²³³ Bergqvist & Townsend 2015, s. 21-22.

²³⁴ C-280/08 P, *Deutsche Telekom – Domstolens dom*, pr. 202 og C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 44.

²³⁵ T-271/03, *Deutsche Telekom – Rettens dom*, pr. 192.

²³⁶ C-52/09, *TeliaSonera*, pr. 45.

²³⁷ Håndhævelsesvejlednings pkt. 42.

vertikal afskærmningsdiskrimination forudsætter, at handelspartneren ikke kan dække LRAIC. Overfor dette står imidlertid at prisdiskriminationsforbuddet i artikel 102, litra c formentlig oprindeligt var motiveret af et ønske om at beskytte mindre virksomheder imod større korporationer. En hensyntagen som ikke nødvendigvis er foreneligt med økonomisk teori, der foreskriver risiko for ineffektiv ressourceallokering ved beskyttelse af mindre effektive virksomheder.²³⁸ Som også konkluderet i afsnit 2.2. er prisdiskrimination oftest udslag af sund og lovlig prispolitik, og navnlig i det omfang prisdiskrimination øger produktionen må det antages at sådan adfærd er velfærdsfremmende. På markeder hvor der er udfordringer forbundet med at genindvinde høje faste omkostninger, anses muligheden for at prisdiskriminere således at være afgørende for incitamentet til at foretage produktionen. I modsætning til visse horisontale afskærmningsdiskriminationssager, hvor en elimineringsstrategi oftere synes at kunne identificeres, vil den *ikke* vertikalt integrerede virksomhed som klart udgangspunkt have helt legitime forretningsmæssige grunde til at prisdiskriminere. Denne konstatering må fordre en generel varsomhed med at fordømme anvendelsen af diskriminerende priser overfor handelspartnere på et marked, den dominerende virksomhed ikke er aktiv på.²³⁹ Den usikkerhed der i gældende ret er forbundet med at fastslå *hvornår* brugen af prisdifferentieringer udgør et misbrug overfor handelspartnere, kan således risikere at have den modsatte effekt end tiltænkt. Usikkerheden kan navnlig reducere virksomheders incitament til at investere og producere varer såfremt profitabiliteten afhænger af muligheden for at prisdiskriminere for at genindvinde de faste omkostninger. Ligeledes kan der bestå risiko for at virksomheder afholder sig fra at give væsentlige prisreduktioner som ellers ville have givet sig udslag i tilsvarende lavere priser for de endelige forbrugere. På baggrund af ovenstående betragtninger må det sammenfattende konkluderes, at et krav om at handelspartneren ikke skal kunne dække LRAIC før at diskriminationen er ulovlig (i) præciserer i hvilke tilfælde diskriminationen er lovlig og vice versa (ii) skaber øget konsistens mellem horisontal og vertikal afskærmningsdiskrimination og (iii) forekommer berettiget i lyset af, at diskrimination i fravær af en (succesfuld) elimineringsstrategi ofte vil være velfærdsmaksimerende.

4.3. Cost-benchmark-valget

Ved brug af en cost-benchmark standard er udgangspunktet efter gældende praksis at tage afsæt i den dominerende virksomheds egne omkostninger. Eftersom den dominerende virksomhed ikke er aktiv på samme marked som prisdiskriminationen udøves, er der imidlertid en række udfordringer forbundet med at overføre en

²³⁸ Motta 2005, s. 22.

²³⁹ Se i denne retning *MEO – Generaladvokatens forslag*, pkt. 102.

AEC-test til vertikal afskærmningsdiskrimination. Indledningsvist bør det bemærkes, at handelspartnernes effektivitet eller mangel på samme, nødvendigvis vil være af betydning, idet mærkbarheden af prisdiskriminationen på handelspartnernes bruttoavance ultimativt vil afhænge af disses omkostninger. Spørgsmålet i denne sammenhæng bliver derfor hvilket cost-benchmark der bør tages afsæt i. Kræves der således alene en sammenligning mellem de favoriserede og diskriminerede handelspartneres omkostninger, eller skal der tages udgangspunkt i et gennemsnit af markedets *samlede* aktørers effektivitet? Overfor hensynet til ikke at beskytte ineffektive virksomheder, står således hensynet i at udforme en test der også er operationel i praksis.

Fordømmelsen af prisdiskrimination overfor handelspartnere forekommer i praksis at hvile på den grundlæggende præmis, at prisdiskriminationen afskærmer en *lige så* effektiv konkurrent.²⁴⁰ I *Alpha Flight Services/Aéroport de Paris*, fandt Kommissionen at den diskriminerede handelspartner, AFS, ikke kunne bevare sin fortjenstmargen og samtidig tilbyde en konkurrencedygtig pris. Det blev samtidig fremhævet, at "*Diskriminerende forskelle i de omsætningsafgifter, som leverandørerne betaler, vil på grund af deres indflydelse på priserne påvirke kundernes valg af luftfartsselskab, uden at disse prisforskelle afspejler de konkurrerende leverandørers relative effektivitet.*"²⁴¹ Ovenstående vidner således om at den diskriminerede handelspartners manglende mulighed for at dække sine omkostninger, *alene* skal tilskrives den dominerende virksomheds opkrævning af diskriminerende priser. Den nævnte praksis vil under alle omstændigheder savne mening, såfremt der er rum for, at handelspartnerens manglende evne til at konkurrere mod en favoriseret handelspartner kan tilskrives den diskriminerede handelspartners lavere grad af effektivitet. Praksis synes således implicit at anerkende, at det alene er den handelspartner der er *lige så* effektiv som den favoriserede handelspartner, der bør nyde beskyttelse under artikel 102, litra c. Betragtningerne eksisterer ikke alene i praksis, men også i retslitteraturen, hvori det anføres, at prisdiskrimination overfor to handelspartnere på et vertikalt placeret marked kan medføre, at den diskriminerede part tvinges til at forlade markedet, "*even if it has better products or is otherwise more efficient*".²⁴² I denne sammenhæng skal det nævnes, at før principperne for avancepres blev præciseret i bl.a. *Deutsche Telekom*, forelå alene en sparsom praksis vedrørende udøvelse af et urimeligt pres mod downstream-konkurrenters profitmargener. I *Industrie des poudres sphériques*, var spørgsmålet,

²⁴⁰ Se Nazzini 2011, s. 250-255. Forfatteren argumenterer således for, at påvisningen af, at handelspartneren stilles ringere i konkurrencen efter artikel 102, litra c i virkeligheden er en form for as-efficient-competitor vurdering.

²⁴¹ IV/35.613, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, pkt. 109-110 og 131, jf. Nazzini 2011, s. 253.

²⁴² O'Donoghue & Padilla 2013, s. 786.

om en vertikalt integreret virksomhed, der på upstream-markedet leverede rå calciummetal, havde opkrævet en så urimelig pris overfor dens downstream-konkurrent, at denne blev udelukket fra at konkurrere profitabelt på markedet for granuleret calciummetal.²⁴³ Retten fandt ikke dette påvist, bl.a. med henvisning til at det sagsøgende selskabs manglende konkurrencedygtighed *formentlig* måtte relateres til dennes højere forarbejdningsomkostninger, og herved ikke det udøvede pris-pres.²⁴⁴ Kommissionen anvendte imidlertid ingen AEC-test i den omtvistede beslutning²⁴⁵, idet en sådan først blev anvendt og anerkendt indenfor margin squeeze sager, omtrent ti år senere.²⁴⁶ Det underliggende rationale indenfor margin squeeze såvel som vertikal afskærmningsdiskrimination er dog sammenfaldende; afskærmningen skal alene hidrøre fra den dominerende virksomheds adfærd, og må ikke skyldes, at downstream-konkurrenterne henholdsvis handelspartnerne, er *mindre* effektive. Herudover kan *MEO* læses som en indikation på, at en variant af AEC-testen *kan* indgå i vertikal afskærmningsdiskrimination. I opregningen af de relevante omstændigheder for misbrugsanalysen tilføjer Domstolen således afslutningsvist; ”*and the possible existence of a strategy aiming to exclude from the downstream market one of its trade partners²⁴⁷ which is at least as efficient²⁴⁸ as its competitors.*”²⁴⁹ Det bør i denne sammenhæng bemærkes, at gældende ret ikke foreskriver, at der altid er pligt til at anvende en AEC-test i forbindelse med undersøgelse af øvrig ekskluderende adfærd. Hvorvidt Domstolens formulering i *MEO* tilsigtede at udvide AEC-testens rammer bør derfor ikke afvises, alene fordi Domstolen ikke i mere udtrykkelige vendinger bekræftede dens relevans.²⁵⁰ Omvendt må det dog også betones, at *MEO* ikke giver et tilstrækkeligt grundlag til at konkludere, hvorvidt Domstolen reelt har haft til hensigt at udvide

²⁴³ T-5/97, *Industrie des poudres sphériques*, pr. 169-186.

²⁴⁴ *Ibid.*, pr. 179.

²⁴⁵ IV/35.151/E-1, *Péchiney électrométallurgie*.

²⁴⁶ Kommissionen anvendte således en AEC-test i den beslutning, der lå forud for Domstolens afgørelse i Deutsche Telekom, jf. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom – Kommissionens beslutning*, pkt. 106-159.

²⁴⁷ Egen fremhævelse.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ C-525/16, *MEO*, pr. 31. Den danske oversættelse lyder således: ”*samt om der eventuelt foreligger en strategi, som har til formål at udelukke de konkurrenter, der er mindst lige så effektive, fra det efterfølgende marked.*” Oversættelsen medfører en vis forvirring, da det ikke fremgår udtrykkeligt *hvis* konkurrenter der refereres til. Henset hertil, er det originalversion der er citeret ovenfor.

²⁵⁰ I C-23/14, *Post Danmark II*, udtalte Domstolen således, at lovgivningen og strukturelle forhold på det relevante marked kan fordrer beskyttelse af også mindre effektive konkurrenter, hvorved en AEC-test ikke var anvendelig, jf. pr. 51-62, og i C-52/09, *TeliaSonera*, udtalte Domstolen udtrykkeligt, at anvendelsen af en REC-test under særlige omstændigheder kan være et bedre alternativ, jf. pr. 45 (se nærmere om herom fodnote 168).

AEC-testens anvendelsesområde til vertikal afskærmningsdiskrimination. Endeligt har EU-Domstolen i dens seneste praksis understreget, at artikel 102 har til formål at beskytte konkurrencen, og *ikke* konkurrenterne, idet mindre effektive konkurrenters produkter- og tjenesteydelser generelt må formodes at være af mindre interesse for forbrugerne.²⁵¹ Der foreligger således en overordnet diskurs om, at forbrugervelfærden bør indtage en central rolle i prioriteringen af hvilke former for adfærd, der bør forfølges under artikel 102.²⁵² På samme vis som ved øvrig prisbaseret ekskluderende adfærd vil et afsæt i den favoriserede handelspartners omkostning også sikre, at artikel 102 alene beskytter en diskrimineret handelspartner som er *mindst* lige så effektiv som sin favoriserede konkurrent.

Anvendes en AEC-test i vertikal afskærmningsdiskrimination ér et udgangspunkt derfor at tage afsæt i den favoriserede handelspartners omkostninger. Det må formodes, at rekvirering af disse informationer ligger indenfor Kommissionens generelle undersøgelsesbeføjelser, desuagtet at det er den dominerende virksomhed, og ikke den favoriserede handelspartner, som er anklaget for misbruget.²⁵³ Testen vil herefter kunne fastslå, hvorvidt en lige så effektiv handelspartner vil være i stand til at dække LRAIC, såfremt denne blev pålagt en pris svarende til den pris, som den dominerende virksomhed i det konkrete tilfælde opkræver den diskriminerede handelspartner. Viser resultatet at en lige så effektiv konkurrent som den favoriserede handelspartner *ikke* er i stand til at dække LRAIC, foreligger som udgangspunkt en ulovlig prisdiskrimination. Det skal betones at ovenstående valg også giver anledning til praktiske udfordringer. Mens testning i den favoriserede handelspartners omkostninger således sikrer, at alene en *mindst* lige så effektiv konkurrent beskyttes, vil graden af effektiviteten hos den favoriserede handelspartner i princippet blive determinerende for, om der kan statueres et misbrug. Under alle omstændigheder må valget af det mest hensigtsmæssige cost-benchmark i overensstemmelse med tilgangen til øvrig prisbaseret ekskluderende ad-

²⁵¹ C-209/10, *Post Danmark I*, pr. 21-22 og C-413/14 P, *Intel – Domstolens dom*, 133-134.

²⁵² Se således også følgende udtalelse af tidligere konkurrencekommissær, Kroes, N., i talen Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, s. 3. "*I like aggressive competition – including by dominant companies - and I don't care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers. That is because the main and ultimate objective of Article 82 is to protect consumers, and this does, of course, require the protection of an undistorted competitive process on the market.*" Se i samme retning bl.a. EAGCP rapport: An economic approach to Article 82, s. 2., samt Håndhævelsesvejledningens pkt. 5-6, 19, 23 og 28-31.

²⁵³ Artikel 18 i Forordning 1/2003 begrænser således ikke Kommissionens undersøgelsesbeføjelser til virksomheder, der har medvirket eller på anden måde er involveret i overtrædelse af konkurrencereglerne, jf. Kerse & Khan, Nicholas, EU Antitrust Procedure, 6. udg., 2012, Sweet & Maxwell, s. 112-113 (*Kerse & Kahn 2012*).

færd, formentlig også afhænge af sagens konkrete omstændigheder såvel som tilgængelige data.²⁵⁴ Desuagtet valget af det endelige cost-benchmark må det formodes, at et positivt resultat af AEC-testen ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at påvise et misbrug. I overensstemmelse med Håndhævelsesvejledningen²⁵⁵, og som bekræftet bl.a. i efterfølgende margin squeeze-sager, må andet led i bedømmelsen være at undersøge om det i lyset af sagens omstændigheder er *sandsynligt*, at prisdiskriminationen afskærmer den diskriminerede handelspartners mulighed for at konkurrere på downstream-markedet. Afslutningsvist skal det bemærkes, at gældende EU-praksis har etableret et effektivitetsforsvar, hvorved en dominerende virksomhed har mulighed for at godtgøre at dens adfærd genererer effektivitetsgevinster der samlet set øger forbrugervelfærden.²⁵⁶ En sådan adgang må ligeledes anses at være gældende, også selvom EU-Domstolen ikke udtrykkeligt har fremhævet forsvaret i relation til vertikal afskærmningsdiskrimination.²⁵⁷

5. Udnyttende prisdiskrimination

En stringent ordlydsfortolkning af artikel 102, litra c synes at reservere bestemmelsen til den form for prisdiskrimination, der udøves overfor handelspartnere, hvorimellem der består et konkurrenceforhold.²⁵⁸ Imidlertid foreligger også en række sager, hvor artikel 102, litra c er blevet anvendt til at fordømme prisdiskrimination imellem to handelspartnere, der ikke befinder sig på samme marked. Der kan med andre ord identificeres en usikkerhed forbundet med at fastslå den nærmere rækkevidde af diskriminationsforbuddet i relation til udnyttende adfærd.

²⁵⁴ Af Håndhævelsesvejledningens pkt. 25 fremgår det således at Kommissionen både reserverer muligheden til at anvende den dominerende virksomheds konkurrenters omkostninger, eller andre tilsvarende pålidelige data.

²⁵⁵ Se således Håndhævelsesvejledningens pkt. 27.

²⁵⁶ I praksis forekommer rummet for et sådant forsvaret under artikel 102 dog at være relativt begrænset, jf. O'Donoghue & Padilla 2013, s. 236.

²⁵⁷ Sager som *British Airways* og *MEO* refererer ikke til effektivitetsforsvaret, men det må dog formodes, at muligheden for at tilbagevise adfærdens ulovlighed gælder alle former for misbrug omfattet af artikel 102.

²⁵⁸ Perrot 2005, s. 165.

5.1. EU-praksis vedrørende udnyttende prisdiskrimination

I *Corsica Ferries* havde de italienske myndigheder tilladt Genovas Havns Lodsforening, som besad et lovbestemt monopol på området for lodstjeneste, at opkræve forskellige grundtariffer.²⁵⁹ Ved præjudiciel afgørelse tog Domstolen stilling til, i hvilket omfang det var i strid med reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser henholdsvis konkurrencereglerne at virksomheden Corsica Ferries, som opererede mellem Genova Havn og Korsika Havn, pålagdes en højere pris for *samme* lodstjeneste, end virksomheder der førte det italienske flag, dvs. drev carbogesejads alene mellem italienske havne.²⁶⁰ I henhold til reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser, fandt Domstolen, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fandt anvendelse på området for søtransport.²⁶¹ Der forelå herefter en indirekte forskelsbehandling henset til, at de fartøjer der benyttede det italienske flag, fortrinsvist var statsborgere i Italien.²⁶² Separat hermed fandt Domstolen også, at en medlemsstat overtrådte artikel 106, jf. artikel 102, litra c, i det omfang dens adfærd muliggjorde, at en virksomhed udnyttede sin dominerende stilling til "*bl.a. over for handelspartnere [at anvende] ulige vilkår for ydelser af samme værdi, jf. traktatens artikel 86, stk. 2, litra c.*"²⁶³ I modsætning til *Deutsche Bahn*, *Portuguese Airports*, og *Aéroports de Paris*, hvor forskelsbehandlingen også de facto favoriserede nationale handelspartnere, blev adfærden i *Corsica Ferries* også fordømt efter reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser. Det skal i denne forbindelse erindres, at EU-Domstolens praksis er karakteriseret af en formålsorienteret fortolkningsstil hvor grundlæggende EU-principper, som navnlig etableringen af det indre marked tillægges særlig vægt.²⁶⁴ En sådan fortolkning kan dog ikke føre til, at en adfærd subsumeres under en bestemmelse, hvis gerningsindhold ikke er opfyldt. Som det fremgår ovenfor, forholder Domstolen sig heller ikke til det forhold, at de nationale og de internationale virksomheder ikke var i konkurrence med hinanden.²⁶⁵ Præmisserne i afgørelsen forekommer således ikke at hvile på konkurrenceretlige hensyn, men derimod alene på hensynet til det indre marked gennem en fordømmelse af nationalitetsbaseret diskrimination. Afgørelsen synes således i det hele at være misplaceret under konkurrencereglerne, herunder artikel 102, litra c.²⁶⁶

²⁵⁹ C-18/93, *Corsica Ferries*, pr. 5-7 og 39.

²⁶⁰ *Ibid.*, pr. 15-16.

²⁶¹ *Ibid.*, pr. 20-32.

²⁶² *Ibid.*, pr. 33-34.

²⁶³ *Ibid.*, pr. 43.

²⁶⁴ Blume, Peter, *Retssystemet og Juridisk Metode*, 3. udg., 2016, Jurist- og Økonom-forbundets Forlag, s. 280 (*Blume 2016*).

²⁶⁵ Jones & Sufrin 2016, s. 564.

²⁶⁶ Bergqvist m.fl. 2017, s. 111.

I *United Brands* var United Brands Company (herefter ”UCB”) dominerende på markedet for Chiquita-bananer og solgte disse videre til såkaldte modnere²⁶⁷ i forskellige medlemsstater, som videresolgte disse i deres respektive medlemsstater.²⁶⁸ Domstolen fandt, at UCB – uden objektiv begrundelse – opkrævede betydeligt forskellige priser, afhængig af, i hvilket stat handelspartneren var etableret.²⁶⁹ Domstolen anførte indledningsvist, at det ikke påhvilede UCB at etablere et fælles indre marked for bananer, men tilføjede at en dominerende virksomhed ikke desto mindre alene er berettiget til at tage hvad ”markedet kan bære”, såfremt pris-sætningen overholder de i traktaten gældende regler om regulering og koordinering af markedet.²⁷⁰ Med henvisning til et af UCB opstillet forbud mod at videresælge bananer i grøn tilstand, fandt Domstolen at der var blevet indført en effektiv opdeling af de nationale markeder med kunstige forskelle i prisniveauerne, hvorved UCB’s forhandlere blev stillet ringere i konkurrencen i forhold til den konkurrencesituation, som *burde* havde foreligget.²⁷¹ Praksis viser således, at artikel 102, litra c er blevet anvendt til at fordømme prisdiskrimination, der er rettet mod handelspartnere, hvorimellem der *ikke* består et konkurrenceforhold.²⁷² Navnlig i *United Brands* bør subsumeringen af prispolitikken under artikel 102, litra c dog ses i lyset af UCB’s samlede foranstaltninger.²⁷³ Forbuddet mod videresalg af grønne bananer havde samme virkning som et eksportforbud, idet et videresalg af gule (modne) bananer mellem medlemsstaterne ikke ville være praktisk muligt.²⁷⁴ Det er således mest nærliggende at læse sagen således, at den adfærd der blev fordømt, var den markedsopdelende praksis, som havde til formål at sikre fuldstændig kon-

²⁶⁷ UCB’s handelspartnere modtog således bananerne i grøn ikke-modnet tilstand.

²⁶⁸ 27/76, *United Brands*, 65-129.

²⁶⁹ *Ibid.*, pr. 207-208. Belgiske og danske kunder blev således i en årrække i gennemsnit opkrævet en pris der var 80 procent henholdsvis 138 procent højere end for irske kunder, jf. pr. 212-213.

²⁷⁰ *Ibid.*, pr. 227.

²⁷¹ *Ibid.*, pr.232-233.

²⁷² I *United Brands* kan det anføres, at UCB’s øvrige foranstaltninger, herunder navnlig forbuddet mod videresalg af grønne bananer i de øvrige medlemsstater, resulterede i en effektiv opdeling af markedet, hvorved modnerne var afskåret fra at konkurrere med hinanden. I fravær af forbuddet kan det således antages, at der ville bestå i konkurrenceforhold mellem modnerne. Det kan ikke udelukkes, at den omstændighed, at UCB’s adfærd der i første omgang afskar muligheden for konkurrence mellem medlemsstaternes respektive modnere, har været medvirkende til, at adfærden fandtes diskriminerende efter artikel 102, litra c, også i fravær af et aktuelt konkurrenceforhold. Domstolen forholder sig dog ikke til betragtningen, hvorfor en endegyldig konklusion herom ikke kan drages.

²⁷³ Faull & Nikpay 2014, s. 526.

²⁷⁴ 27/76, *United Brands*, pr. 159.

trol med salget af UCB's produkter nærmere end den omstændighed, at UCB opkrævede forskellige priser i de forskellige medlemsstater.²⁷⁵ Som led i fordømmelsen fremførtes desuden, at priserne "*der diskriminerer mellem medlemsstater, udgjorde lige så mange hindringer for de frie varebevægelser*".²⁷⁶ Betragtningen er imidlertid svært at forene med de velfærdseffekter af prisdiskrimination, som økonomisk teori foreskriver. Det må således formodes, at en prisdiskrimination som den foreliggende - isoleret set - er konkurrenceintensiverende, og således genererer øget paralleleksport fra de medlemsstater, hvor priserne er lavest. Det kan således fremføres, at UCB's adfærd ikke burde være forfulgt indenfor rammerne af artikel 102, litra c. Et alternativt valg kunne være artikel 101's forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, herunder eksportrestriktioner.²⁷⁷ Et sådant valg ville i samme grad sikre opretholdelsen af det indre marked, og samtidig indebære at artikel 102, litra c ikke blev anvendt udover dens ordlyd.²⁷⁸ I *BdKEP* besad Deutsche Post AG (Herefter "DP") et lovfæstet monopol på markedet for distribution af mail.²⁷⁹ Upstream-markedet for udbuddet af postklargøringstjenester²⁸⁰ var derimod ikke omfattet af DP's monopol, men DP var dog også aktiv på dette marked.²⁸¹ Kommissionen fandt, at den tyske postlovgivning gjorde det muligt for DP at reservere en række rabatter til afsendere af massepost, mens virksomheder der forestod behandlingen af posten fra afsenderen til levering hos DP's sorteringscentre, (herefter "BdKEP"), blev nægtet rabatten. Ifølge Kommissionen stillede en sådan adfærd BdKEP ringere på upstream-markedet for postklargøringstjenester overfor DP, jf. artikel 106, jf. 102, litra c.²⁸² Endvidere fandtes samme diskriminerende adfærd også at resultere i en udnyttelse af de kommercielle mellemlid.

²⁷⁵ Gerard 2005, s. 27.

²⁷⁶ 27/76, *United Brands*, pr. 232.

²⁷⁷ Geradin & Petit 2005, s. 41-42.

²⁷⁸ Kommissionen anfører i dens håndhævelsesvejledning pkt. 7, at adfærd der underminerer bestræbelserne på at etablere det indre marked *kan* forfølges under artikel 102, dog *navnlig* hvis der ikke findes andre metoder, som er tilstrækkeligt til at sikre, at det indre marked fungerer tilfredsstillende.

²⁷⁹ COMP/38745, *BdKEP*, pkt. 51-53.

²⁸⁰ Postklargøringstjenester skal i denne sammenhæng forstås som primært forsortering af post og transport fra afsenderens adresse til DP's forskellige sorteringscentre, jf. COMP/38745, *BdKEP*, pkt. 16.

²⁸¹ *Ibid.*, pkt. 23.

²⁸² *Ibid.*, pkt. 59-63 og 81-85. Diskriminationen bestod således i, at kvantumrabatten – der afspejlede de omkostningsbesparelser som BP opnåede ved at lade henholdsvis afsendere af massepost, og kommercielle mellemlid som BdKEP forestå klargøring af posten – alene var tilgængelige for afsendere af massepost, desuagtet, at omkostningsbesparelserne var de samme for DP. Kommissionen bemærkede, at BdKEP var forpligtet til at levere en vis andel af postforsendelserne til DP. Under disse omstændigheder kunne DP opkræve den fulde pris hos BdKEP og samtidig spare omkostningerne forbundet med den postklargøringstjeneste

Identificeringen af et konkurrenceforhold mellem kommercielle mellemlid og afsendere af massepost, var således ikke nødvendigt for at subsumere adfærden efter artikel 102, litra c. En sådan fortolkning var *særligt* gældende, når diskriminationen også var forbudt efter andre fællesskabsretlige principper.²⁸³ Endvidere anførte Kommissionen udtrykkeligt, at subsumeringen under artikel 106, jf. artikel 102, litra c, bestyrkedes som følge af, at Postdirektivet udtrykkeligt foreskrev at "*postal operators should provide the universal service by affording non-discriminatory access to customers or intermediaries.*"²⁸⁴ Som det ses, støttede Kommissionen fordømmelsen af den udnyttende diskrimination efter artikel 102, litra c, dels med henvisning til nationalitets- eller markedsopdelende diskrimination, dels på grundlag af en sektorspecifik regulering, der *ikke* indebar et krav om en konkurrenceforvridning. Disse forhold slører med andre ord omfanget af Kommissionens udtalelse om artikel 102, litra c's anvendelsesområde, jf. også nærmere herom afsnit 5.2.

I *Football World Cup* besad en fransk virksomhed Comité français (herefter "CFO") et de facto monopol for leveringen af billetter til slutrunden.²⁸⁵ En vis andel af disse billetter blev formidlet på den betingelse, at forbrugeren havde adresse i Frankrig.²⁸⁶ CFO hævdede, at adskillelsen af billetsalget var begrundet i sikkerhedsmæssige hensyn.²⁸⁷ Kommissionen fandt imidlertid, at CFO's leveringsbetingelser førte til en diskrimination af forbrugere i andre medlemsstater, idet forbrugere bosiddende i Frankrig havde lettere ved at opfylde kravet om fransk adresse.²⁸⁸ I denne sammenhæng bemærkede Kommissionen, at det ikke var påkrævet at påvise konkurrenceskadelige effekter af en sådan adfærd, hvis adfærden *direkte* skadede forbrugernes interesser.²⁸⁹ Adfærden blev således fordømt henset til, at der forelå en indirekte diskrimination på grundlag af nationalitet i strid med grundlæggende fællesskabsretsprincipper.²⁹⁰ CFO's diskriminerende vilkår

som BdKEP udførte inden leveringen til DP. BdKEP var herimod ikke stand til at tilbyde billige priser til deres kunder, henset til den manglende adgang til rabatten.

²⁸³ *Ibid.*, pkt. 93-96.

²⁸⁴ *Ibid.*, pkt. 88.

²⁸⁵ IV/36.888, *Football World Cup*, pkt. 84-87.

²⁸⁶ *Ibid.*, pkt. 19-24.

²⁸⁷ *Ibid.*, pkt. 44 og 57-58.

²⁸⁸ *Ibid.*, pkt. 89-91.

²⁸⁹ *Ibid.*, pkt. 100.

²⁹⁰ *Ibid.*, pkt. 102.

var dog ikke prisbaserede. Sagen er ikke desto mindre illustrativ for, at diskriminerende adfærd direkte mod forbrugere fordømmes, uden krav om identificering af en konkurrenceskadelig effekt.²⁹¹

I sagen *Interception of Cross-border mails* fandt Kommissionen, at DP diskriminerede mellem indgående grænseoverskridende post fra dets britiske handelspartner, BPO, idet DP opkrævede et ekstra tillæg for at viderebefordre indgående international post som indeholdt henvisning til en enhed bosiddende i Tyskland. Henset hertil blev britiske virksomheder der medtog en sådan henvisning, stillet ringere i konkurrencen overfor disses konkurrenter.²⁹² I forlængelse heraf udtalte Kommission imidlertid, at ”*selv hvis der ikke er tale om betydelige negative følger for disse handelspartnere [de britiske virksomheder], har DPAG's adfærd direkte negative følger [i form af diskrimination] for forbrugerne. Disse forbrugere er afsenderne af de omhandlede forsendelser og eller de tyske adressater. DPAG's adfærd er således i strid med traktatens artikel 82 [nu 102], og særlig stk. 2, litra c.*”²⁹³ Efter Kommissionens praksis kan prisdiskrimination efter artikel 102, litra c således udgøre et misbrug, også når diskriminationen foretages direkte overfor forbrugere. Det bør dog holdes in mente, at adfærden i førstnævnte *Football World Cup*, indirekte favoriserede franske statsborgere. Det kan således ikke afvises, at dette har influeret på Kommissionens vurdering af adfærdens ulovlighed under sagen. Usikkerheden forstærkes yderligere af, at ingen af afgørelserne er bekræftet af EU-Domstolen. Det må derfor også konkluderes, at der består en vis usikkerhed forbundet med at fastslå, hvorvidt udnyttende prisdiskrimination, navnlig i fravær af nationalitets- og indre markedshensyn, er strid med artikel 102, herunder litra c.

5.2. Subsumering af udnyttende prisdiskrimination

I det omfang der hverken kan identificeres et direkte eller *indirekte* konkurrenceforhold mellem de handelspartnere der pålægges forskellige priser, udviskes grænsen i princippet mellem diskriminerende og udnyttende adfærd. Eftersom der altså er tale om en prisdifferentiering, som har karakter af udnyttelse af visse kunde-grubbers betalingsvillighed, forekommer det mest korrekt at en sådan adfærd i det hele bedømmes på grundlag af kriterierne for opkrævning af urimeligt høje priser,

²⁹¹ Bergqvist m.fl. 2017, s. 111. Kommissionen henviste ikke udtrykkeligt til litra c, men anførte alene, at CFO's adfærd medførte urimelige betingelser for forbrugerne, således at afsætningen blev begrænset til skade for disse, jf. pr. 88. En måde at læse afgørelsen på er derfor, at adfærden udgjorde et misbrug efter artikel 102 b eller alternativt litra a, mens diskriminationen af ikke-nationale forbrugere blot var en følge af adfærden, jf. pkt. 103.

²⁹² COMP/C-1/36.915, *Interception of cross-border mails*. pkt. 131.

²⁹³ *Ibid.*, pkt. 133.

jf. artikel 102, litra a.²⁹⁴ Indenfor EU-konkurrenceretten defineres en pris som urimelig høj, når prisen ikke står i rimeligt forhold til ydelsens økonomiske værdi.²⁹⁵ I praksis er der imidlertid ofte udfordringer forbundet med at identificere og fordømme en pris som urimelig høj.²⁹⁶ Betingelserne for at rubricere en prisadfærd som et udnyttende misbrug i form af opkrævning af urimeligt høje priser, forekommer derfor at være mere restriktive end Kommissionen og EU-Domstolens fortolkning af kravene under artikel 102, litra c. Det kan derfor heller ikke afvises, at visse af de behandlede sager i afsnit 5.1. blev forfulgt efter artikel 102, litra c, henset til dagældende praksis mere restriktive krav for at fordømme en adfærd som urimelig, fremfor diskriminerende.²⁹⁷ Efter økonomisk teori resulterer prisdiskrimination imidlertid ikke ubetinget i et velfærdstab. En sådan vurdering afhænger derimod af de konkrete forhold i den enkelte sag. Betragtningen kan på sin vis genfindes i artikel 102, litra c, idet fordømmelsen forudsætter, at den identificerede prisdiskrimination sandsynligvis fordrejer konkurrencen på downstream-markedet. Henset til ovenstående foreligger der en væsentlig risiko for type 1 fejl såfremt en prispolitik, der rettelig har karakter af urimeligt høje priser, i stedet fordømmes som prisdiskrimination uden at identificere (i) et konkurrenceforhold mellem den favoriserede og diskriminerede handelspartner og dernæst (ii) en konkurrencefordrejning mellem disse. Kommissionen har imidlertid udtrykkeligt udtalt i *BdKEP*, at formuleringen ”*stilles ringere i konkurrencen*” i artikel 102, litra c også omfatter udnyttende adfærd, når kundens konkurrencemæssige stilling skades i en sådan grad²⁹⁸, at muligheden for at konkurrere på et givent marked svækkes.²⁹⁹ Dette synes at indikere, at selve *graden* af prisdiskrimination i sig selv kan skade en handelspartners konkurrenceevne i strid med artikel 102, litra c.³⁰⁰ Imidlertid bør Kommissionens udtalelse læses i den sammenhæng, hvori den er fremført. Til

²⁹⁴ Se i samme retning Gerard 2005, s. 28.

²⁹⁵ I økonomisk teori er det debatteret, hvorvidt en pris overhoved kan være *for* høj. En fuld tillid til at markeds kræfterne har de fornødne selvregulerende mekanismer taler således for, at en pris ikke kan være for høj. I visse jurisdiktioner, eksempelvis i USA, anerkendes begrebet ”urimeligt høje priser” således ikke som et ulovligt misbrug, jf. Geradin, Damien, & Lianos, Ioannis, *Handbook of European Competition law – Substantive Aspects*, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 386 (Geradin & Lianos 2013).

²⁹⁶ Se bl.a. Geradin & Lianos 2013, s. 414-420, Faull & Nikpay, 2014, s. 517, og O’Donoghue & Padilla 2013, s. 757.

²⁹⁷ I delvis samme retning Gerard 2005, s. 28.

²⁹⁸ Egen fremhævelse.

²⁹⁹ COMP/38745, *BdKEP*, pkt. 93-95. Kommissionen anfører således, at bestemmelsen ifølge EU-praksis skal underlægges en bred fortolkning.

³⁰⁰ Samme betragtninger genfindes antageligvis i DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 200, pkt. 141: “*The direct exploitation takes place by discriminating between customers and making customers with a higher willingness to pay and less switching possibilities pay a higher price than others.*”

støtte for at artikel 102, litra c også omfatter udnyttende adfærd, henvises således udelukkende til den i afsnit 5.1. gennemgåede praksis, dvs. hvor adfærden også blev fordømt på grundlag af forbuddet mod diskrimination på grundlag af nationalitet og beskyttelsen af det indre marked.³⁰¹ Kommissionen betinger ganske vist ikke direkte subsumeringen efter artikel 102, litra c af tilstedeværelsen af andre fællesskabsretlige principper. Det må imidlertid anses nærliggende, at dette har været den reelle hensigt. I modsat fald skabes grundlag for en opportunistisk adfærd, eftersom samme adfærd vil kunne forfølges *enten* efter det etablerede regelsæt for urimeligt høje priser i artikel 102, litra a, eller på grundlag af opkrævningen af differentierede priser efter artikel 102, litra c.

Tidligere retslitteratur har til støtte for, at artikel 102, litra c omfatter udnyttende adfærd navnlig lagt vægt på, at (dagældende) praksis havde bortfortolket det selvstændige indhold i kriteriet "*stilles ringere i konkurrencen*". Som følge heraf burde ordlyden af litra c ikke udgøre en hindring for at henføre udnyttende prisdiskrimination under bestemmelsen.³⁰² Praksis i afsnit 5.1. hidrører imidlertid fra en periode, hvor konkurrencereguleringen, herunder artikel 102, var karakteriseret ved en formbaseret tilgang til virksomheders adfærd.³⁰³ I sin seneste praksis har EU-Domstolen imidlertid præciseret, at bestemmelsen forudsætter identificeringen af et konkurrenceforhold mellem handelspartnerne og hernæst en konkurrencefordrejning på downstream-markedet.³⁰⁴ Henset hertil har fortolkningen af artikel 102, litra c's anvendelsesområde til også at inkludere udnyttende adfærd, derfor ikke samme støtte i praksis som den tidligere har haft. Det er derfor afhandlingens konklusion, at både ordlyden samt den seneste praksis på området, udelukker at prisdiskrimination overfor handelspartnere der ikke befinder sig i et konkurrenceforhold med hinanden, udgør en overtrædelse af artikel 102, litra c.

5.3. Personlige priser og stræben efter perfekt prisdiskrimination

Som illustreret i afsnit 2.2. fører perfekt prisdiskrimination til en maksimering af velfærden, dog på bekostning af forbrugervelfærden. Perfekt prisdiskrimination er traditionelt blevet opfattet som teori fremfor praktisk implementerbar prispolitik.

³⁰¹ COMP/38745, *BdKEP*, pkt. 95.

³⁰² Akman 2007, s. 495. Forfatteren argumenterer således for, at kriteriet ikke tillægges nogen betydning i EU-praksis, hvorfor det ikke bør forhindre at artikel 102, litra c anvendes til at fordømme udnyttende prisdiskrimination.

³⁰³ Heide-Jørgensen, Caroline, m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3.udg., 2009, Økonomforbundets Forlag, s. 554 (*Heide-Jørgensen m.fl. 2017*).

³⁰⁴ Se C-522/26, MEO, pr. 27, pr. C-95/04 P, *British Airways*, pr. 144 og pr. *Kanal 5 og TV4*, pr. 46.

Det er derfor også blevet anført, at en sådan praksis ikke fordrer konkurrenceretens opmærksomhed.³⁰⁵ I takt med den øgede digitalisering er virksomheder imidlertid i højere grad end tidligere nu i stand til at indsamle massive forbrugerdata samt anvende diverse prisalgoritmer.³⁰⁶ Indsamling og brug af forbrugernes data giver således virksomheder mulighed for at estimere forbrugernes betalingsvillighed i en hidtil uset præcisionsgrad.³⁰⁷ Som anført i afhandlingens indledning har Kommissionen ikke publiceret nogen generel vejledning vedrørende diskrimination. Herudover forekommer den gennemgåede praksis i afsnit 5.1. ovenfor, fortrinsvist at være baseret på ønsket om at beskytte det indre marked og fordømme nationalitetsbaseret diskrimination. Af disse grunde er den nærmere rækkevidde af diskriminationsforbuddet i relation til udnyttende adfærd i form af personlige priser præget af en betydelig uklarhed.³⁰⁸ I det følgende foretages en diskussion af, under hvilke betingelser perfekt prisdiskrimination overfor forbrugere bør være i strid med artikel 102. Ordlyden af artikel 102, *litra c* er svær at forene med en forfølgelse af udnyttende adfærd, navnlig i lyset af den seneste praksis. En forfølgelse af perfekt prisdiskrimination som en urimelig høj pris efter artikel 102, *litra a* må også anses problematisk, navnlig henset til de praktiske udfordringer der vil være forbundet med at fastslå den urimelige forskel mellem ydelsens økonomiske værdi og de utallige forskellige individualiserede og personlige priser.³⁰⁹ Ikke desto mindre må det principielle udgangspunkt være, at prisdiskrimination der alene resulterer i udnyttende virkninger må forfølges som udnyttende adfærd efter den gældende retlige standard herfor. Omvendt bør det dog betones, at perfekt prisdiskrimination i form af personlige priser i et vist omfang adskiller sig fra opkrævningen af urimeligt høje priser. I modsætning til urimeligt høje priser³¹⁰ resulterer

³⁰⁵ Motta 2005, s. 494 og Geradin & Petit 2005, s. 6.

³⁰⁶ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, 28. november 2018, DAF/COMP(2018)13, s. 5 (*OECD, Personalised Pricing in the Digital Era 2018*). Dette har tidligere påkaldt sig Kommissionens opmærksomhed i henhold til risikoen for samordnet praksis efter artikel 101. Se således Rapport fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet, Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren, Bruxelles, 10. maj 2017, COM(2017) 229 final s. 4, hvori der advares mod potentielle kartellignende forhold under en udbredt brug af prisalgoritmer.

³⁰⁷ En nylig undersøgelse foretaget af Deloitte på baggrund af mere end 500 virksomheder viste således, at 40 procent af virksomheder, der bruger såkaldt kunstig intelligens, har anvendt dette med specifikt henblik på at skræddersy deres priser til den enkelte forbruger, jf. OECD, Personalised Pricing in the Digital Era 2018, s. 14-15.

³⁰⁸ OECD, Price Discrimination, Background note by the Secretariat, 29-30. november 2016, DAF/COMP(2016)15, s. 16.

³⁰⁹ Townley, Christopher m.fl., Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law, King's College London Law School Research Paper No. 2017-38, s. 34-35 (*Townley 2017*).

³¹⁰ OECD, Policy Roundtables, Excessive Prices, 7. Februar 2011, DAF/COMP(2011)18, s. 9 og 35.

perfekt prisdiskrimination således ikke i et dødvægtstab.³¹¹ Det er således ikke en urimelig høj prissætning, men herimod den samlede *evne* til at ramme hver enkelt forbrugers maksimale betalingsvillighed, som er genstand for konkurrenceretlig betænkelighed. Opgregningen af misbrugsformer i artikel 102 er desuden ikke udtømmende.³¹² Dette følger bl.a. af Kommissionens afgørelse i *Google Search Shopping*, hvor Googles diskriminerende adfærd i form af egen-favorisering forfølges og fordømmes udenfor rammerne af artikel 102, litra c.³¹³ Henset til ovenstående kan det derfor heller ikke afvises, at udnyttende prisdiskrimination kan være genstand for fordømmelse efter artikel 102, desuagtet sådan praksis ikke omfattes af artikel 102, litra c eller kvalificerer sig som en urimelig høj pris i artikel 102, litra a's forstand. I en nylig rapport fra OECD problematiseres velfærdseffekterne af perfekt prisdiskrimination rettet mod forbrugere.³¹⁴ I Rapporten sondres mellem statiske og dynamiske effektivitetsgevinster. Førstnævnte dækker over den gennemgaaede økonomiske teori i afsnit 2, hvorefter perfekt prisdiskrimination har potentiale til at maksimere produktionen til gavn for den *samlede* velfærd, men på bekostning af forbrugervelfærden. Risikoen for at virksomheder i praksis er i stand til at anvende deres viden om forbrugernes personlige betalingsvillighed til at implementere en tilnærmelsesvist perfekt prisdiskriminationsstrategi afhænger imidlertid af markedsforholdene, herunder den dominerende virksomheds markedsstyrke. På markeder præget af intensiv konkurrence formodes det således, at en virksomhed ofte vil anvende sin viden om forbrugernes betalingsvillighed til at indgå i aggressiv konkurrence om hver enkelt forbruger, hvilket ultimativt resulterer i lavere priser.³¹⁵ De langsigtede velfærdseffekter, dvs. dynamiske effektivitetsgevinster, afhænger også fortrinsvist af markedsforholdene. Således formodes det at perfekt prisdiskrimination på innovative og dynamiske markeder øger sandsynligheden for, at virksomheder vil udnytte den ekstra profit til yderligere innovation og produktdifferentiering. Lave adgangsbarrierer vil herudover også indikere, at dynamiske effektivitetsgevinster ultimativt overføres til forbrugerne.³¹⁶ I mere regulerede og konkurrencesvage markeder opstilles derimod en formodning for, at virksomheder indgår i såkaldt "*rent-seeking activities*".³¹⁷ På baggrund

³¹¹ Se figur 2 i afsnit 2.2.

³¹² C-333/94 P, *Tetra Pak*, pr. 37 og C-95/04 P, *British Airways – Domstolens dom*, pr. 57.

³¹³ AT.39740, *Google Search (Shopping)*. Afgørelsen angik dog ikke prisdiskrimination, hvorfor den ikke behandles nærmere. Sagen er imidlertid illustrerende for den usikkerhed, der er forbundet med at fastslå, i hvilket omfang en dominerende virksomheds diskriminerende adfærd er ulovlig under artikel 102.

³¹⁴ OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* 2018.

³¹⁵ *Ibid.*, s. 17-21.

³¹⁶ *Ibid.*, s. 21-22.

³¹⁷ *Ibid.*, s. 22. Ved *rent-seeking activities* forstås aktiviteter der har til formål at sikre virksomhedens fortsatte etablering, fx gennem lobbyisme.

heraf konkluderes det, at i navnlig de jurisdiktioner hvor udnyttende adfærd fordømmes, og hvor forbrugervelfærden udgør velfærdsstandarden, forekommer der at være rum for at fordømme perfekt prisdiskrimination i form af personlige priser.³¹⁸ Efter fast praksis vedrørende udnyttende adfærd kan der dog identificeres en tilbageholdenhed med at fordømme sådan praksis, navnlig når denne alene er af midlertidig karakter.³¹⁹ At det afgørende bør være de mellem- eller langsigtede effekter ved en praksis som perfekt prisdiskrimination har desuden merit i henhold til økonomers begrundelse for at vurdere velfærdseffekterne på grundlag af en *samlet* velfærdsstandard. Således er det bl.a. anført, at selve fordelingen af den samlede velfærd ikke er et konkurrenceretligt, men derimod et skatte- og velfærdsanliggende, at en forbrugerstandard ikke tager højde for, at navnlig vestlige virksomheder ofte delvist ejes af forbrugere, at hvis konkurrenceretten i bogstavelig forstand forfulgte en forbrugervelfærdsstandard ville virksomheder skulle prisfastsætte ved marginalomkostningen, hvilket navnlig på markedet med høje faste omkostninger ville resultere i manglende incitament til investeringer, innovation og produktudvikling.³²⁰ Ovenstående betragtninger får Motta til at konkludere: *"Therefore, at the very least one should consider the objective as that om mazimising consumer surplus over time (i.e., in dynamic terms)³²¹, otherwise by helping consumers today one would hurt consumers tomorrow."*³²²

Det må herefter formodes, at en forfølgelse af personlige priser indledningsvist må kræve en vurdering af, om den pågældende virksomhed overhovedet er i stand til at anvende den indsamlede forbrugerdata til at implementere en tilnærmelsesvist perfekt prisdiskrimination. Det må herudover også antages, at det i et vist omfang skal godtgøres, at det manglende forbrugeroverskud ikke er af midlertidig karakter, samt at det ikke neutraliseres eller overvindes af positive effekter på forbrugervelfærden på længere sigt. En sådan effektbaseret undersøgelse kan navnlig

³¹⁸ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era 2018, s. 28-30.

³¹⁹ Se bl.a. den præjudicielle sag, C-177/16, *AKKA/LAA*, som angik hvorvidt en lettisk organisation for ophavsbeslægtede rettigheder havde opkrævet urimeligt høje takster. EU-Domstolen udtalte, at sådan udnyttende adfærd alene indikerede et misbrug, hvis prisen afveg fra sammenlignelige takster i andre medlemsstater, og hvis denne afvigelse bestod i et vist stykke tid og ikke var hverken midlertidig eller episodisk, jf. pr. 52-56. Afgørelsen kan således læses som udtryk for et generelt forbehold for at skride ind overfor udnyttende adfærd, der alene er af forbigående og ikke vedvarende karakter. Afgørelsen angik dog urimeligt høje priser efter artikel 102, litra a. Der bør derfor udvises en vis forsigtighed med at overføre afgørelsens præmisser til en konkurrenceretlig regulering af personlige priser i en prisdiskriminationskontekst.

³¹⁹ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, s. 7 og 34-37.

³²⁰ Motta 2005, s. 21 og Albæk, Svend, Consumer Welfare in EU Competition Policy, 2013, 71-72 (*Albæk 2013*).

³²¹ Egen fremhævelse.

³²² Motta 2005, s. 21.

inddrage (i) den dominerende virksomheds markedsstyrke (ii) adgangsbarrierer til markedet (iii) hvorvidt de specifikke markedskarakteristika fordrer, at virksomheden anvender overskuddet til innovation og produktudvikling til gavn for forbrugerne på længere sigt og.³²³ En undersøgelse af formodede mellem- og langsigtede velfærdseffekter af perfekt prisdiskrimination er følgelig forbundet med risiko for en vis fejlmargen. Hensynet til at sikre forbrugervelfærden på længere sigt taler imidlertid for, at konkurrencereguleringen ikke bør begrænses til de helt umiddelbare effekter på markedet.³²⁴ Såfremt der ikke foretages en vurdering af, om markedet er i stand til selv at regulere distributionen af velfærdsoverskuddet til forbrugerne på længere sigt, vil der i realiteten foreligge en *per se* fordømmelse af prisdiskriminationen. En sådan fordømmelse har som tidligere anført ikke belæg i økonomisk teori. Det bør herudover betones, at personlige priser ofte anvendes på nye digitale markeder, hvor marginalomkostningerne er lave, mens omkostninger forbundet med forskning, udvikling og innovation er høje. Som også anført i afsnit 2.2. er muligheden for prisdiskrimination på sådanne markeder ofte nødvendige for herigennem at genindvinde faste omkostninger. Et forbud mod perfekt prisdiskrimination kan med andre ord risikere at mindske incitamentet til at foretage de nødvendige investeringer, og således skade konkurrencen og forbrugervelfærden på længere sigt. Ultimativt henstår spørgsmålet om hvorledes Kommissionen og EU-Domstolen vil tilgå perfekt prisdiskrimination dog i det uvisse, indtil Kommissionen udsteder en vejledning på området, eller alternativt indtil en sag finder sin vej til EU-Domstolens kamre.

³²³ Betragtningerne følger delvis af OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, s. 30, men også af OECD *Price Discrimination* 2018, s. 16-18. Sidstnævnte rapport angår dog udelukkende prisdiskrimination generelt, men inddrager dog også betragtninger vedrørende personlige priser og perfekt prisdiskrimination.

³²⁴ Se således følgende uddrag af N. Kroes i talen *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, s. 3, vedrørende nødvendigheden af at undersøge mellem- og langsigtede effekter af ekskluderende adfærd: “*Consumer prices may fall in the short-run but end up being higher in the medium to long-term because of the likely foreclosure effects. We cannot just wash our hands of responsibility and say that competition law cannot or should not protect the consumer against negative medium to long term effects, just because it is difficult to assess.*”

6. Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at en dominerende virksomheds anvendelse af diskriminerende priser ikke udgør et *per se* misbrug efter artikel 102, men derimod alene er genstand for fordømmelse i det omfang der kan identificeres en afskærmningsrisiko. De nærmere krav hertil afhænger imidlertid af om der er tale om horisontal eller vertikal afskærmningsdiskrimination. De former for prisdiskrimination der retter sig mod at afskærme den dominerende virksomheds konkurrenter - enten på samme marked eller et vertikalt placeret - afgøres på grundlag af, om adfærden er i stand til at afskærme *lige så* effektive konkurrenter, og ikke hvorvidt adfærden er diskriminatorisk. Det følger navnlig af Domstolens afgørelse i *Post Danmark I* at prisdiskrimination over ATC ikke udgør et misbrug, idet lige så effektive konkurrenter forventes at kunne matche en sådan prissætning. I samme ombæring afstod Domstolen fra at fordømme en selektiv prissætning under ATC, medmindre der forelå en reel afskærmningsrisiko. Sammenholdes de respektive analyser i afsnit 3.1.1., 3.2.1. og 3.3.1., navnlig *Post Danmark I* og generaladvokatens forslag til afgørelse i *MEO*, synes det således udelukket, at sådanne former for prisdiskrimination udgør et selvstændigt misbrug. Det må herimod konkluderes, at prisdiskriminerende adfærd i disse tilfælde behandles efter de gældende principper for ekskluderende adfærd, dvs. fortrinsvist predatory pricing, diverse rabatter eller margin squeeze.³²⁵ Sådant adfærd subsumeres efter artikel 102 litra b eller alternativt artikel 102 som sådan, mens artikel 102, litra c reserveres til vertikal afskærmningsdiskrimination. Seneste praksis kan ses som en implicit bekræftelse heraf ved - i modsætning til tidligere - hverken at henvide til artikel 102, litra c, eller at betegne sådan ekskluderende adfærd som diskriminatorisk.

Afhandlingen har herudover vist at vertikal afskærmningsdiskrimination tidligere har været genstand for et tilnærmelsesvist *per se* forbud, idet kravet om konkurrenceforvridning ikke blev tillagt nogen selvstændig betydning. Der synes dog alligevel at kunne opstilles visse retningslinjer, som i mere eller mindre grad har givet sig til udslag i de enkelte afgørelser. Det kan konkluderes, at misbrugsvurderingen (i) skærpes i det omfang den dominerende virksomhed besidder en monopol- eller quasi-monopol lignende stilling (ii) at prisdiskriminationen formentlig skal angå et nødvendigt eller essentielt input på det efterfølgende marked (iii) og

³²⁵ Således er Kommissionens Håndhævelsesvejledning anvendelig i vurderingen af horisontal afskærmningsdiskrimination, idet begrebet i al væsentlighed følger principperne for ekskluderende adfærd.

at prisdiskriminationen tillige skal udgøre en væsentlig andel af de samlede omkostninger i handelspartnerens afledte produkt. Domstolens seneste afgørelse i *MEO* bekræfter i al væsentlighed ovenstående kriterier, idet dommen præciserer, at det i lyset af samtlige omstændigheder skal vurderes, om prisdiskriminationen fordrejer konkurrencen mellem handelspartnerne. I takt med at kriteriet "*stilles ringere i konkurrencen*" er blevet klarlagt i nyligst EU-praksis må det derfor også konkluderes, at den blotte ulempe ved at blive opkrævet en højere pris for samme ydelse end sin konkurrent, ikke stiller en handelspartner ringere i konkurrencen i artikel 102, litra c's forstand. Domstolens eksplicitte henvisning til *Intel* og den deri gældende retspraksis indikerer, at vertikal afskærmningsdiskrimination formentlig fremadrettet skal underlægges en effektbaseret analyse, hvor det afgørende ligeledes er afskærmningseffekten til skade for forbrugernes velfærd. Med *MEO* har Domstolen formentlig taget de første spæde skridt på vejen til at forene vertikal afskærmningsdiskrimination med øvrig prisbaseret ekskluderende adfærd. På samme vis som når en dominerende virksomhed anklages for en (ulovlig) selektiv prisstrategi rettet mod sine konkurrenter, jf. *Post Danmark I*, må det således også under vertikal afskærmningsdiskrimination antageligvis skulle godtgøres, at effekten af prisdiskriminationen er en *faktisk* eller *sandsynlig* afskærmning af den diskriminerede handelspartner. Eftersom en prisdiskrimination der *øger* den samlede produktion ifølge økonomisk teori fører til velfærdsmaksimering, forekommer det hensigtsmæssigt at lovligheden af såvel horisontal og vertikal afskærmningsdiskrimination afgøres på grundlag af risikoen for konkurrencebegrænsende markedsafskærmning. På trods af en væsentlig præcisering efter *MEO*, fremstår retstilstanden vedrørende vertikal afskærmningsdiskrimination imidlertid langt fra afklaret. I *MEO* henviser Domstolen således udtrykkeligt til, at eksistensen af en elimineringsstrategi indgår i den *samlede* misbrugsvurdering. Umiddelbart herefter fortsætter Domstolen dog med at konkludere, at en ikke vertikalt integreret virksomhed ingen interesse har i at eliminere sine handelspartnere. På sin vis indikerer *MEO* således *implicit*, at barren for at statuere et vertikalt diskriminationsmisbrug er høj. Imidlertid afslutter Domstolen alene med at konkludere, at prisdiskriminationen er ulovlig i det omfang der kan sandsynliggøres en indvirkning på handelspartnerens omkostninger, fortjeneste eller anden relevant interesse. *MEO* præciserer således ganske vist retstilstanden væsentligt ved at opstille de generelle rammer for den påkrævede analyse. Det er imidlertid stadig uklart i hvilken *grad* handelspartnerens omkostninger eller fortjeneste skal påvirkes for at der foreligger en konkurrenceforvridning i strid med artikel 102, litra c. Usikkerheden kunne navnlig imødegås ved at opstille et krav om, at vertikal afskærmningsdiskrimination alene udgør et misbrug i det omfang den diskriminerede handelspartner ikke kan dække sine omkostninger, LRAIC. Som afhandlingen konkluderer i afsnit 4.2. forekommer en sådan retstilstand *dels* at have støtte i den bagvedliggende økonomiske teori, og *dels* at kunne forene misbrugsanalysen med den gængse tilgang til øvrig prisbaseret ekskluderende adfærd. Det skal dog bemærkes

at der, jf. også konklusionen i afsnit 4.3., er en række udfordringer forbundet med at overføre en variant af AEC-standarden til vertikal afskærmningsdiskrimination.

Det konkluderes herudover, at prisdiskrimination, navnlig når denne samtidig er forbudt i henhold til forbuddet mod nationalitetsdiskrimination og princippet om beskyttelse af det indre marked, er blevet forfulgt og fordømt *per se* på grundlag af artikel 102, litra c. Fordømmelsen af sådan udnyttende adfærd udvider imidlertid litra c's anvendelsesområde væsentligt udover dens ordlyd. I lyset af seneste praksis' krav om en konkurrenceforvridning mellem handelsparterne, kan en sådan bred fortolkning formentlig ikke opretholdes som gældende ret. Hvis sådan adfærd skal forfølges må det derfor formentlig være på grundlag af prissætningen i *sig selv*. Dette må nødvendigvis kræve, at adfærden forfølges som udnyttelse, nærmere bestemt efter den retlige standard for opkrævning af urimeligt høje priser, jf. artikel 102, litra a. Umiddelbart må virksomheders anvendelse af personlige priser, såkaldt "perfekt prisdiskrimination" ligeledes forfølges som urimelig efter artikel 102, litra a. Eftersom problemstillingen imidlertid ikke angår prissætningen i sig selv, men derimod *evnen* til at prissætte med udgangspunkt i hver forbrugers maksimale betalingsvillighed, kan det formentlig ikke udelukkes, at Kommissionen vil forfølge en sådan prisstrategi efter en anden retlig standard. Økonomisk teori foreskriver imidlertid ikke noget velfærdstab ved perfekt prisdiskrimination – tværtimod. Herudover illustrerer praksis vedrørende udnyttelse - navnlig hvis adfærden alene er af midlertidig karakter - en generel varsomhed med at intervenere. Hvis perfekt prisdiskrimination overhoved skal forfølges indenfor konkurrencerettens rammer, må statueringen af et misbrug efter artikel 102 derfor antageligvis forudsætte, *dels* at praksissen er af en vis vedvarende karakter, og *dels* at den i lyset af de konkrete markedskaraktistika ikke medfører dynamiske effektivitetsgevinster til gavn for konkurrencen og forbrugerne på længere sigt.

Om Bech-Bruun

Bech-Bruun er en markedsorienteret og specialiseret advokatvirksomhed, der servicerer et stort udsnit af dansk erhvervsliv, den offentlige sektor og globale virksomheder med en bred vifte af ydelser. Med mere end 500 erfarne og specialiserede medarbejdere er vi en af landets førende full-service advokatvirksomheder.

Inden for EU og Konkurrenceforhold rådgiver Bech-Bruun såvel store internationale virksomheder som lokalt forankrede virksomheder i forskellige brancher om genelle EU- og konkurrenceretlige forhold, herunder fastlæggelse af compliance-strategier, håndtering af myndighedsspor, proces og samhandelsforhold.

Specialernes forfattere

Kathrine Guldhammer Agerskov

Kathrine er advokatfuldmægtig hos Gorrissen Federspiel og har skrevet om urimeligt høje priser på lægemidler og TEUF artikel 102. Interessen og den konkurrenceretlige praksis vedrøren- de urimeligt høje priser har i mange år været begrænset til et fåtal af afgørelser på tværs af sektorer. I de seneste år er Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders fokus på urimeligt høje priser på lægemidler dog steget. Afhandlingen stiller spørgsmål til, hvornår en pris ikke blot er høj, men urimelig høj i strid med TEUF artikel 102. Svaret synes at afhænge af den politiske diskurs, idet den juridiske metode medfører et væsentligt råderum for konkurrencemyndighederne, der anses at medføre en usikker og ulig retsanvendelse til skade for de enkelte virksomheder.

Jonas Køster Madsen og Mads Evald-Schelde

Jonas Køster Madsen og Mads Evald-Schelde er begge advokatfuldmægtige hos Bruun & Hjejle og har skrevet om 'the more economic approach' til artikel 102 TEUF. I forbindelse hermed undersøger de, hvilken påvirkning moderniseringen af EU-konkurrenceretten har haft for vurderingen af dominans, misbrug (herunder betydningen af forbrugerskade) og effektivitetsgevinster under artikel 102 i Kommissionens og EU-Domstolens praksis. Det konkluderes, at 'the more economic approach' har medført en præcisering i anvendelsen af artikel 102, men samtidig også en reduktion af bestemmelsens anvendelighed.

Jonas Hemming Espersen

Jonas er advokatfuldmægtig hos Kammeradvokaten og har skrevet om dominerende virksomheders (pris)diskriminerende misbrug. Diskriminationsbegrebet lader sig ikke let afgrænse, idet EU-praksis på området er tvetydig og på flere punkter ikke fastholdt konsekvent. Gennem en opdeling og analyse af forskellige former for prisdiskrimination søges det besvaret, under hvilke omstændigheder dominerende virksomheders anvendelse af diskriminerende priser er i strid med artikel 102. Afhandlingens overordnede konklusion er, at prisdiskrimination ikke selvstændigt forfølges og fordømmes, eftersom det er risikoen for ekskludering, der er genstand for konkurrenceretlig kontrol.